



Universidad
Zaragoza

Trabajo Fin de Grado

La cautela socini en el Código Civil y la reciente
jurisprudencia del Tribunal Supremo

The socini clause in the Civil Code and recent
jurisprudence of the Supreme Court

Autor/es

Eva Manso Cano

Director/es

Carlos Martínez de Aguirre y Aldaz

Facultad de Derecho/ Universidad de Zaragoza
Junio 2019

ÍNDICE DE CONTENIDO

I.	INTRODUCCIÓN	1
II.	IDEAS GENERALES SOBRE LA LEGÍTIMA	2
1.	¿QUÉ ES LA LEGÍTIMA?	2
2.	¿QUIÉNES SON LOS LEGITIMARIOS?	3
3.	PROTECCIÓN DE LA LEGÍTIMA	5
III.	LA CAUTELA SOCINIANA O GUALDENSE: APROXIMACIÓN DOCTRINAL	9
1.	ORIGEN	9
2.	LA CAUTELA GUALDENSE O SOCINI PROPIAMENTE DICHA	9
3.	CONCRECIÓN DE LA CAUTELA EN LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL: ART. 820. 3º CC	14
4.	CARACTERÍSTICAS DE LA CAUTELA SOCINI	17
5.	LA CAUTELA GUALDENSE O SOCINI TÁCITA	26
IV.	LA CAUTELA SOCINI EN LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO	28
V.	REFLEXIONES FINALES	36
VI.	CONCLUSIONES	38
VII.	BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES	40
VIII.	ANEXOS	44
1.	ANEXO I. Relación de sentencias consultadas	44
2.	ANEXO II. Relación de resoluciones de la Dirección General del Registro y del Notariado	44
3.	ANEXO II. Ejemplo de cautela socini en testamento	45

LISTADO DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

- CC:** Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- CE:** Constitución Española
- Cit:** Citado
- DGRN:** Dirección General de los Registros y del Notariado
- P:** Página
- Pp:** Páginas
- RDGRN:** Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
- Ss:** Sentencias.
- STS:** Sentencia del Tribunal Supremo (si no se indica lo contrario, de la sala de lo civil).
- TS:** Tribunal Supremo.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto realizar una investigación sobre la cautela socini en el ordenamiento jurídico español, más concretamente sobre su aplicación y características en el Derecho Civil estatal.

La práctica del derecho de sucesiones ha hecho surgir una institución en forma de cláusula o cautela que es denominada comúnmente bajo el nombre de cautela socini, también conocida como cautela de opción compensatoria. Aunque sus orígenes se remontan al siglo XVI, hoy en día es de gran aplicación, estableciéndose prácticamente en casi la totalidad de los testamentos otorgados¹.

La cláusula permite distender o relajar los límites impuestos por el Código Civil para el testador sobre la parte destinada a sus herederos forzosos en la ordenación de su sucesión y se configura como una alternativa a la intangibilidad cualitativa de la legítima impuesta por el art. 813 CC para el causante que va a ordenar su sucesión de manera voluntaria. Dicha cautela se encuentra concretada en el art. 820.3 CC para determinados casos (renta vitalicia y usufructo), sin embargo, no se circscribe únicamente a ellos, sino que existen otros supuestos de hecho en los que se aplica, más allá del contexto de tal artículo, en diversas formas a las que atenderemos a lo largo del desarrollo del trabajo, y que incluyen cualquier tipo de gravamen, sustitución y condición.

Básicamente se trata de una cautela de opción compensatoria porque consiste en la facultad de optar por parte de los legitimarios entre dos alternativas: aceptar una parte mayor que la que les corresponde legalmente por legítima pero condicionada de manera cualitativa por un gravamen a voluntad del testador o, resignarse a recibir el mínimo que les corresponde legalmente por legítima pero libre de todo gravamen; sin embargo, algunos aspectos de esta idea general son matizables, llegándose incluso a defender por parte de algunos autores (RAGEL SÁNCHEZ, ROCA SASTRE, DÍEZ-PICAZO) la posibilidad de imponer una cláusula tácita en la que no haya una facultad de optar expresa.

¹ GOMÁ LANZÓN, F. «Una mirada crítica al sistema de legítimas del Código Civil.», en *Estudios de derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*. Dykinson, 2013, p.563.

La razón de la elección de este tema para desarrollar mi Trabajo Fin de Grado se debe a que, durante las prácticas del Grado en Derecho, observé la importancia que tienen en la práctica cláusulas como esta y la notable influencia que tienen en el fenómeno sucesorio y, por ello, he considerado interesante indagar más sobre este aspecto para complementar mi formación jurídica.

En cuanto a la metodología seguida, a lo largo de este estudio se hará una breve introducción para establecer el contexto en el que se enmarca la figura de la cautela dentro del derecho sucesorio; después, se analizarán sus características definitorias y se podrá observar cómo ha evolucionado la jurisprudencia al respecto de esta cláusula, sobre todo, tras la importante sentencia del Tribunal Supremo de 2014 en la que se establece su validez y se cambia la perspectiva desde la que tradicionalmente se venía abordando la interpretación de la cautela. Por último, trataré de demostrar las competencias adquiridas a lo largo del Grado en Derecho a través de la profundización en el análisis de fuentes jurídicas como la ley, la jurisprudencia y la doctrina, que nos permitan alcanzar conclusiones útiles.

II. IDEAS GENERALES SOBRE LA LEGÍTIMA

1. ¿QUÉ ES LA LEGÍTIMA?

La **sucesión** es definida por LACRUZ BERDEJO como «la sustitución de una persona en el conjunto de relaciones jurídicas transmisibles que corresponden, al tiempo de su muerte a otro, en bienes y derechos determinados dejados por el difunto»². La sucesión *mortis causa* es considerada un valor constitucionalmente protegido por el art. 33 CE, que además responde a una necesidad social de continuidad de las relaciones jurídicas³.

El causante puede ordenar su sucesión conforme a su voluntad; sin embargo, existe un límite a la libertad de testar del causante si tuviere herederos forzosos o legitimarios: la legítima. El art. 763 CC indica que «*el que no tuviere herederos forzosos puede*

² LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos del Derecho civil V, Sucesiones*, 4^a edición, Dykinson, 2009, p.2

³ DÍEZ PICAZO, L y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de derecho civil, Vol. IV (Tomo I): Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Tecnos, 2012, p.23.

disponer por testamento de todos sus bienes o parte de ellos en favor de cualquier persona que tenga capacidad para adquirirlos.» Sin embargo, para aquella persona que sí tenga herederos forzosos, o legitimarios, el art. 813 CC impone una restricción impidiendo «*privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por ley*» (desheredación e indignidad) y la imposibilidad de «*imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución*».

Así, la **legítima** es definida por LACRUZ BERDEJO como «la porción o cuota a que tienen derecho los parientes en línea recta y el cónyuge de cualquier persona, en el patrimonio de esta, a percibir a partir de su muerte, si no recibió en vida»⁴.

Para el **cálculo** de la legítima no se cuantifican únicamente los bienes relictos que queden al fallecimiento del testador, sino que el art. 818 CC indica que se deben deducir o restar el importe de las deudas o cargas al valor líquido. Además, se deben tener en cuenta las donaciones colacionables que el causante hubiera hecho en vida, art. 812 CC. La suma del *relictum* más el *donatum* será la base para el cálculo de la legítima de cada legitimario. Una determinada porción, suma del haber hereditario con las donaciones colacionables, a la que nos referimos será la **legítima colectiva**, que deberá individualizarse en función de la cuota que corresponda a cada heredero forzoso⁵.

La legítima tiene una doble vertiente; por un lado, se trata de un límite a la libertad del testador y, por otro lado, se configura como un derecho subjetivo del legitimario para poder ejecutar acciones de defensa de la legítima y acudir al auxilio judicial⁶.

2. ¿QUIÉNES SON LOS LEGITIMARIOS?

La condición de **legitimario** la adquieren por ministerio de la ley determinadas personas que tienen cierta relación con el causante, ya sea por parentesco o relación matrimonial. También pueden ser denominados herederos forzosos, art. 806 CC.

⁴ LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos del...*, cit., p.309.

⁵ DE PABLO CONTRERAS, P., «Los herederos forzosos y su posición jurídica» en *Curso de Derecho Civil (V) Derecho de Sucesiones*, PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (coord.), MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., y CÁMARA LAPUENTE, S., Colex, Madrid, 2013, p. 275.

⁶ MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. «Caracterización y alcance de la “Cautela Socini” contenida en el testamento.», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº6. 2014, pp. 161.

En virtud del art. 807 CC, pueden ser herederos forzosos: en primer lugar, los hijos y descendientes; en segundo lugar, los padres y ascendientes y; por último, el viudo o viuda.

La condición de legitimario se puede adquirir *por cualquier título*, así se desprende del art. 815 CC. Por tanto, el legitimario será sucesor del causante, si bien, podrá adquirir la condición de sucesor tanto por ser **heredero**, cuando se sitúe en la posición tanto activa como pasiva del causante, es decir, sucediendo a título universal, como **legatario**, cuando se encuentre únicamente sucediendo en la posición activa, es decir, sucediendo a título particular por haber recibido legado o donación⁷.

La porción legitimaria variará en función de quién sea el legitimario. Los **hijos y descendientes** recibirán 2/3 del caudal antes mencionado en concepto de legítima o legítima larga, de los cuales uno de los tercios corresponde a la legítima estricta o corta y el otro tercio, es el llamado de mejora (art. 807.1º CC). El primer tercio debe ser repartido de manera igual entre hijos o a falta de estos, próximos descendientes, y el segundo, tercio de mejora, de no repartirse de manera desigual por el testador a favor de descendientes, quedará repartido de manera igualitaria⁸.

De no haber ningún legitimario en el primer grupo, es decir, en defecto de hijos o descendientes, los **padres y ascendientes** tendrán derecho a la mitad del haber hereditario (la otra mitad será de libre disposición), salvo que concurrieran con el viudo, en cuyo caso, tendrían derecho a 1/3 del caudal en plena propiedad (art. 807.2º CC)⁹.

Por último, el **cónyuge viudo** tendrá derecho a la legítima en forma de usufructo de dos tercios de la herencia en el caso de que no concurra con otros legitimarios (art. 838 CC). El cónyuge posee siempre la condición de legitimario, ya que, en el caso de concurrir con descendientes su legítima será del tercio de mejora (art. 834 CC) y en el caso de asistir con ascendientes su legítima será de la mitad de la herencia (art. 837 CC), ambas también en forma de usufructo¹⁰. Caracterizan a la legítima del cónyuge supérstite tres peculiaridades: es una legítima que se recibe en los tres casos en condición de usufructo, no en pleno dominio y como una parte alícuota de la herencia; el cónyuge tendrá

⁷ BLASCO GASCÓ, F., *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, 3^a edición, 2018, p.119.

⁸ CÁMARA LAPUENTE, S., «La sucesión y el derecho sucesorio» en *Curso de Derecho Civil (V) Derecho de Sucesiones*, PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (coord.), MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., y CÁMARA LAPUENTE, S., Colex, Madrid, 2013, pp. 47-48.

⁹ CÁMARA LAPUENTE, S., «La sucesión y...», *cit.*, p. 48.

¹⁰ CÁMARA LAPUENTE, S., «La sucesión y...» *cit*, p. 48.

derecho a ella, aunque concurra con otros legitimarios; y solo tendrá derecho a ella si no estuviese separado judicialmente o, de hecho, divorciado o cuyo matrimonio haya sido declarado nulo¹¹.

3. PROTECCIÓN DE LA LEGÍTIMA

La legítima goza de una doble intangibilidad: la cualitativa y la cuantitativa. Por ello, se puede distinguir entre legítima formal y legítima material, en tanto que una limita la disponibilidad de la legítima de manera cualitativa (*quale*) y la otra de forma cuantitativa (*quantum*), respectivamente¹².

Cualquier acto llevado a cabo por el causante que desconozca, vulnere o merme la legítima puede verse privado de eficacia al vulnerar el testador el art. 813 CC; frente a ello, será el legitimario de manera unilateral el que pueda, mediante su propia iniciativa, defender la cuantía y calidad de la legítima tratándose, por tanto, de una norma imperativa asimétrica en tanto que, será únicamente una parte (legitimario y no testador) la que pueda decidir sobre la alteración de la legítima en última instancia, ya que este es el que tiene que hacer valer su derecho¹³.

3.1 Intangibilidad cuantitativa de la legítima.

Cuando la masa hereditaria es insuficiente para la satisfacción de la legítima por haber dispuesto el testador de parte de sus bienes en favor de un no legitimario, ya sea por actos *inter vivos* o *mortis causa*, estaremos ante una vulneración de la intangibilidad cuantitativa de la legítima¹⁴. El testador habrá favorecido a personas no parientes o parientes no legitimarios menoscabando la legítima de aquellos herederos forzosos a los que sí corresponda tal derecho. Frente a ello las acciones para la defensa de la legítima

¹¹ ROMERO COLOMA, A.M., «Usufructo universal del cónyuge viudo: su problemática jurídica», *Diario La Ley*, nº 7840, 2012, pp. 3 y 4.

¹² FERRER PONS, J. «La intangibilidad de la legítima. Aspectos prácticos en la aplicación de la "Cautela Socini"; la renuncia, transacción o pactos sobre la legítima futura.» en *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista* / coord. por MONJE BALMASEDA, O.; LLEDÓ YAGÜE, F. (dir.), FERRER VANRELL, M.P. (dir.), TORRES LANA, J.A. (dir.), Dykinson, Vol. 1, 2014, p.881

¹³ CAPILLA RONCERO, F. «Comentario al art. 813 del Código Civil» en *Código Civil Comentado*. Volumen II, 2016, p.1.

¹⁴ DE PABLO CONTRERAS, P., «Legítimas y mejora: su satisfacción en la sucesión testada» en *Curso de Derecho Civil (V) Derecho de Sucesiones*, PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (coord.), MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., y CÁMARA LAPUENTE, S., Colex, Madrid, 2013, pp. 320-321.

cuantitativa son la acción de suplemento o complemento de la legítima (art. 815 CC), acción de reducción de legados (art. 817 CC) y la acción de reducción de donaciones inoficiosas (art. 820)¹⁵.

3.2 Intangibilidad cualitativa de la legítima.

El legitimario tiene derecho a percibir la legítima *in natura*, es decir, proveniente de la entrega de bienes y derechos integrantes del caudal relicto¹⁶, no ajenos a él, y, además, dichos bienes y derechos deben percibirse tal cual pertenecieron en vida al causante, es decir, este no puede imponer *ex novo* ningún gravamen o limitación sobre los bienes siendo que cuando el causante ostentaba su titularidad tales gravamen o limitación no existían¹⁷. Ello significa que sí que podría formar parte de la legítima un bien que ya se hubiera gravado anticipadamente¹⁸. Consecuencia de ello vemos que hay dos formas de vulnerar la intangibilidad cualitativa de la legítima: dejar al legitimario bienes que no forman parte de la herencia y, en segundo lugar, recibir la legítima gravada, con condición y/o sustitución.

A) *Gravámenes, condiciones y sustituciones de la legítima*

Dispone el art. 813. 2º CC, modificado por el art. 10 de la Ley 41/2003¹⁹, que el testador «*tampoco podrá imponer sobre ella (la legítima) gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en el art. 808 respecto de los hijos y descendientes judicialmente incapacitados*».

Dicho **gravamen** se entiende de manera muy amplia en favor del legitimario para percibir lo que enteramente le corresponda; así, señala LACRUZ²⁰ que las palabras “gravamen”, “condición” y “sustitución” incluyen cualquier carga, modalidad, limitación o impedimento, sea de naturaleza real o personal, que en algún modo

¹⁵ DE PABLO CONTRERAS, P., «Legítimas y mejora...», *cit.*, pp. 320-325

¹⁶ Cabe señalar al respecto, que existen ciertos preceptos que posibilitan el pago de la legítima con bienes no integrantes de la herencia y que, por tanto, no afectan a la intangibilidad cualitativa (arts. 821, 829, 831.3.3º, 839, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 1056.2º CC).

¹⁷ CAPILLA RONCERO, F. «Comentario al art. 813...», *cit.*, pp.2-3.

¹⁸ BLASCO GASCÓ, F. *Instituciones de...*, *cit.*, p. 218.

¹⁹ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. BOE nº 277, de 19-11-2003.

²⁰ LACRUZ BERDEJO J.L, SANCHO REBULLIDA, F. *Derecho de sucesiones II*, Librería Bosh, 2009, p.126.

restrinja o merme el pleno disfrute y disponibilidad de lo asignado por legítima, o cree cualquier obligación en relación con esta.

En cuanto a la **sustitución** prohibida por el art. 813 CC, se entiende que salvo en los casos permitidos, la sustitución fideicomisaria, fideicomiso de residuo, sustitución pupilar, sustitución exemplar y sustitución vulgar en los casos en los que no coincide con los supuestos en los que opera el derecho de representación, no están autorizados y, por tanto, son ineficaces sobre la legítima, pero se mantienen sobre el resto del caudal²¹. La sustitución fideicomisaria permitida sería la del art. 808 CC a favor del hijo o descendiente judicialmente incapacitado que se convertirá en fiduciario y los coherederos forzosos en fideicomisarios.

El término **condición** se refiere tanto a las condiciones suspensivas como resolutorias y se considera también incluido el término, tanto inicial como final²².

No es posible establecer ningún gravamen, sustitución o condición sobre la legítima, salvo los permitidos por la ley, tanto si la limitan en su plenitud como si lo hacen parcialmente²³. Sin embargo, mediante la figura que es objeto de análisis en este trabajo (la cautela socini) veremos que la imposición del gravamen, condición o sustitución no es absoluta, sino que el menoscabo cualitativo podrá coexistir sobre la legítima si el legitimario lo permite²⁴.

Por tanto, hay dos modos de restringir cualitativamente la legítima sin incurrir en una prohibición: mediante la aceptación de los legitimarios de una restricción sobre su legítima (cautela socini) o mediante la imposición legal.

Aquellas mermas de la legítima cualitativa que están previstas legalmente son las anteriormente nombradas del art. 808 CC, el derecho de habitación a favor de legitimario discapacitado tanto si se establece por el causante (art. 822.1º CC) como por ministerio de la ley en caso de que el incapacitado conviviera con el causante (art. 822.2º CC), el usufructo del cónyuge viudo concurrente con descendientes sobre el tercio de mejora (art. 834 CC) y los gravámenes o limitaciones en beneficio de otros descendientes (arts. 824 y 782 CC).

²¹ CAPILLA RONCERO, F. «Comentario al art. 813...», *cit.*, p.3

²² CAPILLA RONCERO, F. «Comentario al art. 813...», *cit.*, p.3

²³ BERROCAL LANZAROT, A.I., «La cautela socini: caracterización y alcance de su validez testamentaria», *Actualidad civil*, nº12, 2014, p. 5.

²⁴ BERROCAL LANZAROT, A.I., «La cautela socini...», *cit.*, p. 5.

La intangibilidad cualitativa está limitada a los actos *mortis causa* pero no a los actos *inter vivos* (donación), donde, en este caso, lo entregado gravado en donación por actos *inter vivos* servirá para descontar lo recibido a efectos del cálculo de la posible lesión de la legítima cuantitativa²⁵.

B) *El usufructo en concreto.*

El usufructo es un derecho real de goce que da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia y que puede ser constituido por ley, por prescripción, o por voluntad de los particulares mediante actos *inter vivos* o de última voluntad (arts. 467 y 468 CC).

El Código Civil no establece el derecho de usufructo universal a favor del cónyuge viudo, sino que, como antes hemos visto, el cónyuge supérstite solo recibe por ser legitimario el usufructo de una parte del caudal hereditario, cuya cuantía variará en función de si concurre con herederos forzosos o no, y con cuáles, sin que dicho derecho real afecte a la totalidad del caudal del cónyuge fallecido (art. 807.3º CC). Sin embargo, en nuestro país, la realidad social es que alrededor de un 90 % de los testamentos otorgados por personas casadas con descendientes comunes contienen un usufructo universal vitalicio a favor del cónyuge supérstite con la simultánea atribución de la nuda propiedad a los descendientes, los cuales deben esperar hasta el fallecimiento del viudo para consolidar de manera plena las propiedades recibidas²⁶.

Sin dicha imposición testamentaria, la economía viudal tras la muerte del cónyuge puede verse en situación de precariedad, es más, mediante la conmutación del art. 839 CC –que permite sustituir el usufructo por una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo (si existe mutuo acuerdo o en su defecto por mandato judicial)– se suele dejar en manos del cónyuge supérstite una cuota simbólica que en muchos casos es insuficiente para satisfacer las necesidades vitales²⁷.

²⁵ BLASCO GASCÓ, F. *Instituciones de...*, cit., pp. 218.

²⁶ ROMERO COLOMA, A.M. «Usufructo universal...», cit., p. 4.

²⁷ ZUBIAUR IMAZ, L. «Comentario a la Sentencia de 27 de mayo de 2010» Sucesión testamentaria. Interpretación del testamento. Inaplicabilidad de la cautela socini ordenada por el testador. Ausencia de oposición de los legitimarios gravados, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº86, p.761.

III. LA CAUTELA SOCINIANA O GUALDENSE: APROXIMACIÓN DOCTRINAL

1. ORIGEN

La cautela sociniana tiene básicamente dos orígenes: por un lado, en el año 1540, DURANTES (conocido como “El gualdense”) examinó un supuesto en el que se establecía en un testamento que el legitimario podría optar por la herencia gravada con fideicomiso universal o recibir la legítima estricta; por otro lado, SOCINO aplicó dicha cláusula pocos años después (1550) en un caso similar en el que el legitimario podía optar entre un legado gravado con fideicomiso o recibir la legítima estricta, dándole nombre a dicho tipo de cláusulas testamentarias. Difiere la primera de la segunda en la compensación ofrecida: la de DURANTES ofrecía la totalidad de la parte disponible al legitimario aceptante del gravamen, mientras que la de SOCINO no afectaba a toda la parte libre, sino que la parte con la que se compensaba el hecho de que la legítima estuviera siendo gravada era un legado y no la totalidad de la herencia²⁸.

Resultado de estos dos planteamientos surge la denominada por muchos, cautela socini, o la que debiera haber sido llamada cautela gualdense, según algunos autores, que tiene una previa inspiración en el texto de PAPINIANO, *Si libertus patrono*, que destacó lo injusto de recibir un legado superior libre de gravamen si este se tenía por no puesto²⁹.

2. LA CAUTELA GUALDENSE O SOCINI PROPIAMENTE DICHA

RAGEL SÁNCHEZ define la cautela socini como aquella «previsión testamentaria que concede al legitimario la posibilidad de elegir entre aceptar la disposición del testador por la que se le concede más de lo que le corresponde por legítima, pero sujetando ésta

²⁸ RAGEL SÁNCHEZ L.F. «Comentario al artículo 820 del Código Civil. Comentarios al Código Civil Tomo V (Arts. 819 a 1042)» en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.(dir.), 1^a edición. Tirant Lo Blanch, 2013, p. 6039.

²⁹ RAGEL SÁNCHEZ L.F. «Comentarios al...», *cit.*, p. 6040.

a gravamen, o limitarse a percibir lo que le corresponde en virtud de la legítima y renunciando al exceso.^{30»}

Entre las **finalidades** de la cautela se encuentra la idea de fortalecer la situación de precariedad en la que se haya el viudo tras la muerte del causante³¹. Además, puede encontrarse entre los objetivos de la misma la intención de conservar la cohesión del patrimonio familiar bajo la autoridad del cónyuge supérstite en tanto que este se mantenga con vida³² o mantener unido el patrimonio productivo como puede ser una empresa familiar³³; sobre todo en aquellos casos en los que el patrimonio está compuesto por una explotación agraria en el medio rural para mantener cohesionado dicho patrimonio³⁴. En todo caso, se trata de evitar que el desacuerdo de un legitimario ponga en peligro el cumplimiento de la última voluntad del testador³⁵.

Pero no solo pretende mejorar la posición del cónyuge supérstite, sino que también es una vía para ampliar la libertad de testar frente a aquellas situaciones impuestas por la ley que no encajan en la conciencia social actual: a través de pequeños avances jurisprudenciales, se intenta paliar un inconveniente, lo que en todo caso debería ser regulado por el legislador³⁶.

Además, nos encontramos en un contexto de evolución social y de aumento de la esperanza de vida lo que desemboca en la tendencia a una mayor flexibilización de las legítimas³⁷. Esto se debe a que la legítima deja de tener como función favorecer la subsistencia de los legitimarios en tanto que cuando estos heredan, en su mayoría, ya habrán alcanzado una estabilidad tanto económica como profesional, ya que suelen heredar alrededor de los cincuenta o sesenta años³⁸. Por ello, ya no sería tan necesaria la asignación de la legítima, perdiendo la importancia la prevalencia de su defensa frente a

³⁰ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *La cautela gualdense o socini y el art. 820.3 del Código Civil.*, Dykinson, 2000, pp.20-21. 25.

³¹ CABEZUELO ARENAS, A.L. «Validez de prohibición de impugnar el testamento articulada a través de “Cautela Socini”». STS de 17 de enero de 2014», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2014, pp. 140.

³² ROMERO COLOMA, A.M., «La admisión de la cautela socini en el derecho sucesorio español», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº858, 2013, p.1.

³³ ZUBIAUR IMAZ, L. «Comentario a la...», *cit.*, p. 749.

³⁴ GONZÁLEZ ACEBES, B. «Promoviendo a la mujer en la sucesión de la empresa agraria» *Diario La Ley*, 2015, nº419, p.5.

³⁵ ROMERO COLOMA, A.M., «La admisión de...», *cit.*, p.3.

³⁶ CABEZUELO ARENAS, A.L., «Abandono afectivo de los ascendientes. Luces y sombras de esta nueva causa de desheredación.», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº1, 2015, p. 124.

³⁷ SERRANO CHAMORRO, M.E. «¿Puede el testador prohibir a sus herederos la intervención judicial en su testamento?», *Actualidad civil*, nº 12, 2017, pp. 2-3.

³⁸ SERRANO CHAMORRO, M.E. «¿Puede el testador...?», *cit.*, pp. 2-3.

la libertad del testador para disponer sobre su herencia a la hora de hacer una ponderación de intereses entre ambos³⁹.

Dicha cláusula es utilizada por el testador como un medio para que se cumpla su voluntad sin afectar a la paz familiar, tratando de ofrecer un beneficio a sus legitimarios si siguen sus resoluciones para que se inclinen por respetarlas, pero en ningún caso vulnerando sus legítimos intereses ya que se respeta la libre voluntad de los destinatarios⁴⁰. Sin embargo, el hecho de que el testador trate de imponer una cautela socini para lograr la ausencia de discusión entre los llamados a la herencia e intentar que se conformen con lo asignado sin incurrir en disputas no siempre se puede lograr: de hecho, aunque la cautela sea utilizada en ocasiones con ese fin, no siempre se podrá obtener la finalidad pretendida⁴¹.

La estructura fundamental del resultado de aplicación de la cautela socini es la siguiente:

RESULTADO POSIBLE	RESULTADO IMPOSIBLE
L	L + D
O	O
L (G) + D (G)	L + D (G)

Fuente: Elaboración propia

Siendo: L (Legítima); D (Parte disponible); G (Gravamen)

Frente a la doctrina mayoritaria y prácticamente unánime que acepta la aplicación de la cautela, un sector doctrinal duda de su aplicación (MANRESA, NÚÑEZ LAGOS, CÁRACABA), e incluso ciertos autores la niegan claramente (ESPINAR LAFUENTE) manifestando que dicha cláusula está basada en un negocio *in fraudem legis*⁴². Sin embargo, no se atenta contra la libre decisión del legitimario ni constituye fraude de ley porque la cautela tiene sus efectos una vez diferida la sucesión, teniendo el legitimario ya una facultad de optar entre aceptar o no la disposición testamentaria y recibir la

³⁹ SERRANO CHAMORRO, M.E. «¿Puede el testador...?», *cit.*, pp. 2-3.

⁴⁰ SIGÜENZA LÓPEZ, J.S., «Los llamados “principios” de la mediación instaurada en España por la Ley 5/2002», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº2, 2018, pp. 185-186.

⁴¹ FAJARDO FERNÁNDEZ, J. «Sentencia de 17 de enero de 2014. Conflicto entre la cláusula testamentaria que prohíbe impugnar el testamento (cláusula prohibitoria) y derecho de la legítima.», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 100, 2016, p.46.

⁴² RAGEL SÁNCHEZ L.F. «Comentarios al...», *cit.*, pp.6042-6043.

legítima estricta, siguiendo la teoría de que quien puede lo más (renunciar a la herencia), puede lo menos (aceptar la herencia con gravamen de su legítima), por tanto, no habiendo una vulneración de los límites legales establecidos por la legítima a la libertad del testador⁴³.

Frente a la posición contraria a la cautela, se afirma su validez basándose en la no imposición obligatoria al legitimario del gravamen, sino que no existe tal obligación de admitirlo y, por tanto, no vulnera la legítima: el legitimario será quien sopesa los pros y los contras de la atribución del testador para determinar si existe perjuicio o beneficio en ella. Si este considera que no es suficientemente beneficiosa podrá optar por lo que por ley le corresponde⁴⁴.

Respecto al problema que viene a resolver y su utilidad, mediante la cautela socini se puede tratar de constituir, y fundamentalmente este suele ser su contenido, una cláusula de usufructo universal sobre toda la herencia a favor del cónyuge supérstite, ya que, solo se le atribuye en virtud de la ley una cuota legal usufructuaria por ser legitimario que varía en función de quiénes sean los legitimarios concurrentes pero que no alcanza la totalidad en ningún caso⁴⁵. En concreto, se suele nombrar herederos a los descendientes por iguales partes y reducir a la legítima estricta al hijo disconforme con la disposición testamentaria de usufructo⁴⁶. Además del supuesto frecuente de colisión del usufructo universal del cónyuge viudo con la legítima de los descendientes, también puede concurrir con la legítima de los ascendientes⁴⁷. Es cierto que, en los casos en que el cónyuge supérstite concurre con los ascendientes del fallecido, la práctica demuestra que raro es el caso en el que el testador lo dispone en su testamento, frente a lo que ocurre en el 90% de los casos en los que el cónyuge supérstite concurre con descendientes, lo que puede ser debido a mayor probabilidad de muerte anterior de los ascendientes⁴⁸.

Existen otro tipo de manifestaciones testamentarias compensatorias de la legítima más allá del típico usufructo del cónyuge viudo que podrían estar calificadas dentro del

⁴³ BERROCAL LANZAROT, A.I., «La cautela socini...», *cit.*, p. 7.

⁴⁴ RAGEL SÁNCHEZ L.F. «Comentarios al...», *cit.*, p.6042.

⁴⁵ CARCABA FERNÁNDEZ, M. «Posibilidad en el Derecho Común de atribuir testamentariamente al cónyuge viudo el usufructo universal de los bienes del causante», *Diario La Ley*, 1985, vol. 2, p.2.

⁴⁶ GOMÁ LANZÓN, F. «Una mirada crítica ...» *cit.*, p.563.

⁴⁷ RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Objeto del usufructo. Usufructo, uso y habitación*, Civitas/Thomson Reuters, 2016, p.9.

⁴⁸ CARCABA FERNÁNDEZ, M. «Posibilidad en el...», *cit.*, p.2.

supuesto de gravamen, condición o sustitución. Entre ellas se encuentran cláusulas como la **prohibición de toda intervención judicial** en los testamentos con la imposición de sanciones a los testadores que contravengan dicha prohibición. Este tipo de cláusulas se pueden ver como el ejercicio del principio de autonomía privada del causante, siendo el testamento, la ley particular que gobierna cierta sucesión por causa de muerte y que se debe respetar aplicando el principio del *favor testamenti*, SSTS 30 de octubre de 2012, (núm. 624/2012)⁴⁹. Además, dichas prohibiciones de intervención judicial suelen atender a la voluntad del testador de evitar conflictos familiares a la hora de repartir la herencia para que se haga de forma pacífica entre sus sucesores, tratando de ser él mismo el que haga la partición⁵⁰.

La afirmación de que la cautela socini se circunscribe únicamente al usufructo viudal universal no parece correcta, por restrictiva, ya que se debe optar por una concepción amplia de la cautela, avalada por la jurisprudencia, abarcando otros supuestos en los que el causante establece una serie de ventajas para aquellos quienes toleren ciertas condiciones, limitaciones o cargas en sus legítimas en las que se premia a aquellos legitimarios que respetan el mandato del causante⁵¹.

Otras opciones posibles que no lesionarían los derechos de los legitimarios serían la concesión al viudo de un **usufructo universal con facultad de disponer** de los bienes del caudal hereditario en caso de necesidad o el **fideicomiso de residuo**, donde, en todo caso, podrán optar entre recibir la legítima estricta o la recompensa prevista si deciden arriesgarse a soportar dichos gravámenes, los cuales pueden terminar con el riesgo de no recibir nada⁵².

Por tanto, pese a la preponderancia numérica del gravamen impuesto como opción de compensación de la legítima de los descendientes en la forma usufructo universal del cónyuge viudo, no debemos obviar que existen más legitimarios más allá de los descendientes a los que les puede ser objeto de aplicación la cautela socini; y asimismo, que los gravámenes o limitaciones no se circunscriben únicamente a la forma de

⁴⁹ MARTÍNEZ VELENCOSO. L.M. «Caracterización y alcance...», *cit.*, p.161.

⁵⁰ SERRANO CHAMORRO, M.E. «¿Puede el testador...?», *cit.*, p. 3.

⁵¹ CABEZUELO ARENAS, A.L. «Validez de prohibición...», *cit.*, p. 140.

⁵² CABEZUELO ARENAS, A.L. *Diversas formas de canalización de la cautela socini*, Tirant lo Blanch, 2002, p-15.

usufructo viudal sino que existen plenitud de formas alternativas que abarcan todo tipo de gravámenes, sustituciones y condiciones.

3. CONCRECIÓN DE LA CAUTELA EN LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL: ART. 820. 3º CC.

Pese a que no existe una regulación expresa de la cautela socini en el Código Civil español, parte de la doctrina entiende que en el art. 820.3º CC contiene una concreción de la misma: *«Si la manda consiste en un usufructo o renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la parte de la herencia de que podría disponer libremente el testador».*

Este apartado se enmarca dentro del artículo 820 CC dedicado a la reducción de las disposiciones inoficiosas, pero el apartado tercero se entiende como un caso particular de legados excesivos, de usufructo⁵³ o de renta vitalicia⁵⁴, que perjudican las legítimas. El **usufructo** que afectará a la legítima será aquel usufructo universal y, siendo no universal, aquel que afecte a la legítima si es sobre una porción de los bienes o en el caso de que esté gravando bienes concretos, cuando la nuda propiedad se impute al legitimario en el pago de su legítima⁵⁵; del mismo modo afectará a la **renta vitalicia**, consistente en el pago periódico de una cantidad de dinero, cuando el pago de la renta se obtenga con cargo a los bienes relictos atribuidos a los legitimarios⁵⁶.

La mayor parte de la doctrina evita enmarcar el apartado tercero dentro de la acción de reducción por su diferente delimitación legal y origen histórico, ya que el legitimario no pretende la obtención de un mayor número de bienes (acción de reducción) sino lo contrario, recibir menos, es decir, circunscribirse a la legítima, basándose en una

⁵³ El **usufructo** grava la calidad de las atribuciones recibiendo únicamente el legitimario la nuda propiedad: CAPILLA RONCERO, F. «Comentario al art. 820 del Código Civil» en *Código Civil Comentado*. Volumen II, 2016, p.3.

⁵⁴ La **renta vitalicia** no perjudica la calidad de la atribución, ya que el legitimario recibe la plena titularidad, lo que supone que sea difícil delimitar si va a existir una vulneración de la parte de la legítima que en todo caso deberá valorar el legitimario: CAPILLA RONCERO, F. «Comentario al art. 820...», *cit.*, p.3.

⁵⁵ No en de que la nuda propiedad no recaiga en un legitimario o que la nuda propiedad imputada al legitimario no lo sea en el pago de su legítima.

⁵⁶ RAGEL SÁNCHEZ L.F. «Comentarios al...», *cit.*, pp.6064-6065.

decisión subjetiva⁵⁷. En él se ofrece la facultad de dejar inoperativo el gravamen que viene caracterizando a la cautela sociniana, sin embargo, existe una **diferencia** fundamental con dicha cautela, el origen, siendo en este caso la ley la que da lugar a la generación de efectos y no la voluntad del causante plasmada en su testamento⁵⁸.

Pero, no es la única disparidad, sino que **otra discrepancia** es el grado de presión que supone la cautela socini frente a la regulación del art. 820.3º, ya que, mediante la disposición testamentaria de la cautela, se podría imponer que la legítima quedara únicamente limitada a la legítima estricta, siendo mayor la potencial pérdida a la que se enfrentaría el legitimario que no aceptara el gravamen; sin embargo, la aplicación del art. 820.3º solo hace peligrar el tercio de libre disposición, garantizándose la legítima extensa⁵⁹. El legado, por tanto, puede verse sustituido por una atribución diferente consistente en la plena titularidad del disponible fruto de la opción del legitimario: «*entregar al legatario la parte de la herencia de que podría disponer libremente el testador*».

Esta ordenación también es entendida como una versión tácita de la cautela socini en la que no es necesaria la existencia expresa en el testamento de una facultad de optar, mientras que en la cautela socini debería haber una previsión expresa en el testamento, en el art. 820.3 la ley es la que otorga la facultad de optar, no siendo preciso su establecimiento expreso⁶⁰. La cautela socini y el supuesto del art. 820.3º son acumulables: el legitimario puede tener la opción tanto por disposición testamentaria como por disposición de la ley, cuando concurra el supuesto de hecho legal, aunque la cautela, basándose en la voluntad del testador como ley en la sucesión, amplía el ámbito objetivo del artículo que actúa como supuesto mínimo⁶¹.

El legado del art. 820.3 CC se refiere únicamente al legatario al que se le deja un legado de usufructo o renta vitalicia, el cual será el beneficiario de la disposición testamentaria⁶². El **legitimario** deberá optar entre cumplir el legado y entregar la parte

⁵⁷ RAGEL SÁNCHEZ L.F. «Comentarios al...», *cit.*, p.6046.

⁵⁸ CAPILLA RONCERO, F. «Comentario al art. 820...», *cit.*, p.2

⁵⁹ CAPILLA RONCERO, F. «Comentario al art. 820...», *cit.*, p.2

⁶⁰ ZUBIAUR IMAZ, L. «Comentario a la...», *cit.*, p. 751

⁶¹ RAGEL SÁNCHEZ L.F. «Comentarios al...», *cit.*, pp.6041-6042.

⁶² CAPILLA RONCERO, F. «Comentario al art. 820...», *cit.*, p.3

disponible, pero la decisión no afectará a todos los herederos forzosos, sino solo a los concernidos que hayan sufrido una merma de su legítima⁶³.

En el apartado 3º del artículo surgen problemas de interpretación de la expresión «*cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible*» relativas a la necesidad de calcular el valor del gravamen para determinar si, en el caso que su valor sea superior a la parte disponible, surgirá la facultad de optar. Sin embargo, el cálculo del mismo puede ser incierto por ser también incierta la duración del usufructo o de la renta vitalicia: ello dependerá del fallecimiento del usufructuario o titular de la renta vitalicia, lo que a su vez dependerá de muchos factores como su edad, salud, profesión, suerte, etc⁶⁴.

Frente a ello, algunos autores sostienen la no aplicación del art. 820.3º CC y la imposibilidad del legitimario de ejercitar su facultad de optar si el valor es inferior o igual a la parte de libre disposición, ya que entienden que el gravamen impuesto es valorable y, por tanto, comparable con la valía de la legítima⁶⁵. Sin embargo, debido a la difícil cuantificación de aquellos que sostienen su posible valoración (aproximación **objetiva**) gran parte de la doctrina aboga por una interpretación **subjetiva**, al contar la valoración con factores aleatorios para su cuantificación⁶⁶. Esto es, el legitimario será quien decida en todo caso si le conviene aceptar la legítima gravada o tener por no puesto el gravamen (pero entonces recibir únicamente la legítima estricta); por tanto, será él el que lo valore de manera subjetiva determinando si le compensa aceptar el gravamen con la contraprestación de la parte que excede de la legítima dispuesta por el causante⁶⁷. Es decir, se va a entender que el legado afecta a la legítima siempre que se infrinja cualitativamente, independientemente de la cuantía o volumen del gravamen o restricción impuesta⁶⁸.

Pese a que el art. 820.3º es el único precepto en que la ley contempla expresamente la cláusula, la doctrina y la jurisprudencia la aplican a cualquier carga o limitación que establezca el testador y no únicamente a los supuestos de usufructo y renta vitalicia⁶⁹.

⁶³ CAPILLA RONCERO, F. «Comentario al art. 820...», *cit.*, p.4.

⁶⁴ RAGEL SÁNCHEZ L.F. «Comentarios al...», *cit.*, pp.6055-6057

⁶⁵ RAGEL SÁNCHEZ L.F. «Comentarios al...», *cit.*, pp.6055-6056.

⁶⁶ RAGEL SÁNCHEZ L.F. «Comentarios al...», *cit.*, p.6058.

⁶⁷ RAGEL SÁNCHEZ L.F. «Comentarios al...», *cit.*, pp.6059-6060.

⁶⁸ RAGEL SÁNCHEZ L.F. «Comentarios al...», *cit.*, pp.6059-6060.

⁶⁹ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., *La partición judicial de la herencia: un análisis del régimen legal y su aplicación judicial.*, Tirant lo Blanch, 2012, p.53.

4. CARACTERÍSTICAS DE LA CAUTELA SOCINI

4.1 Partes: legitimario, beneficiario y favorecido.

El sujeto protegido frente a la disposición testamentaria por la cautela mediante la concesión de una opción es siempre el **legitimario** que ejercita su opción frente al beneficiario o favorecido⁷⁰. Si el legitimario falleciese deberá atenderse a lo dispuesto por el testador para tal supuesto, de no haberlo previsto, la capacidad de optar se trasladará a los herederos del difunto legitimario⁷¹.

En cuanto al favorecido y beneficiario, acogemos esta distinción recogida por RAGEL SÁNCHEZ, que argumenta la importancia de esta figura como imprescindible en la cautela, diferenciando entre el **beneficiario**, como aquella persona que se ve beneficiada por el gravamen sobre la legítima en virtud de la ley (art. 820.3º CC) o por haberlo dispuesto el testador (por ejemplo, disposición testamentaria a favor de un usufructuario de un bien dejado en nuda propiedad a un legitimario: en este caso, el usufructuario sería el beneficiado por haberlo dispuesto así el causante) y, el **favorecido**, como aquella persona que se ve favorecida por la adquisición de la parte que queda desierta tras haber optado el legitimario por mantener únicamente su legítima estricta libre (por ejemplo, en el caso de que el testador hubiera dispuesto una cláusula de prohibición de intervención judicial en la partición del testamento estableciendo que si no contradice su disposición, el legitimario recibirá el tercio disponible más la legítima y que, de cuestionar judicialmente lo establecido testamentariamente, recibirá lo que por legítima le corresponda; el exceso atribuido, en el caso de que no respete su disposición, quedará vacante y aquel que lo adquiera será el favorecido por la opción)⁷².

En cuanto a la **situación en la que van a quedar los legitimarios** después de haber optado por mantener la legítima estricta, pero libre de gravámenes, va a variar en función de con quién concurra y que tipo de legitimario sea. Distinguendo entre tipos de legitimarios y en el caso de que **concurran solos**:

- Legitimario descendiente: El legitimario descendiente único que opte por recibir la legítima libre obtendrá 2/3 de los bienes computables o lo que es lo mismo, la

⁷⁰ RAGEL SÁNCHEZ L.F. «Comentarios al...», *cit.*, p.6047.

⁷¹ RAGEL SÁNCHEZ L.F. «Comentarios al...», *cit.*, p.6048.

⁷² RAGEL SÁNCHEZ L.F. «Comentarios al...», *cit.*, p.6050.

legítima larga (art. 808 CC)⁷³. Sin embargo, si el legitimario descendiente único concurriera con el cónyuge supérstite (también legitimario), recibirá la legítima larga, pero con el tercio de mejora gravado por el usufructo del mismo⁷⁴. Si el testador hubiera mejorado a descendientes no legitimarios, el legitimario único descendiente recibirá únicamente el tercio de legítima estricta o corta⁷⁵.

- Otros legitimarios no descendientes que concurren solos: El legitimario ascendiente que decida optar por la legítima libre recibirá 1/2 del caudal hereditario mientras que el cónyuge recibirá 2/3 en forma de usufructo (arts. 807.2 y 838 CC).

Si en vez de existir un único legitimario hubiera varios, la opinión doctrinal mayoritaria respecto a la existencia de **varios legitimarios** es que cada uno de ellos puede ejercitar individualmente la opción en vez de hacerlo conjuntamente⁷⁶. Y solo a los legitimarios efectivamente perjudicados (es decir, a los que han optado por la legítima estricta, y no han aceptado el gravamen impuesto por el testador) les corresponde la defensa de la legítima en exclusiva: es decir, solo a aquellos que vayan a ver mermada su legítima como consecuencia de la cautela, no correspondiendo a ninguna otra persona (art. 817 CC: «*a petición de estos*»). RAGEL SÁNCHEZ utiliza la metáfora de la elección entre dos racimos de uvas diferentes para entender la facultad de optar aseverando que «se puede elegir un racimo entre dos racimos diferentes, la voluntad del testador o la estricta aplicación de la ley, pero no puede elegir uvas de uno u otro racimo, porque esta no era la voluntad del causante y obtendría más de lo que otorga la ley»⁷⁷. Distinguiendo entre el tipo de legitimario y en el caso de que **concurrieran con más de un heredero forzoso** analizaremos a continuación la situación en la que quedarían de haber optado por obtener la legítima libre:

- Si concurren varios legitimarios descendientes: En función del número de legitimarios descendientes concurrentes o descendientes no legitimarios de ulterior grado mejorables, es necesario hacer mención al hecho de que es diferente la situación de aquel legitimario descendiente que concurre con más descendientes, quien decide no respetar el gravamen, a la de cualquier otro

⁷³ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *La cautela gualdense...*, cit., pp.275-276.

⁷⁴ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *La cautela gualdense...*, cit., pp.279-282.

⁷⁵ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *La cautela gualdense...*, cit., pp.276-279.

⁷⁶ FERRER PONS, J. «*La intangibilidad de...*», cit., p.891.

⁷⁷ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., «*La denegación de entrega del legado de cosa específica propia del testador*», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº11, 2015, pp. 156.

legitimario no descendiente o único descendiente que decida de igual forma no respetarlo (casos a los que nos hemos referido antes), ya que, el primero se verá conducido a obtener únicamente su legítima estricta de 1/3, acreciendo el tercio de mejora y de libre disposición a los demás legitimarios (si no hubiera beneficiario para el tercio de libre disposición). Por tanto, la porción que perderá si opta por ello será de gran magnitud⁷⁸. En concreto, y dependiendo de si la totalidad de ellos opta por la legítima libre o sin embargo, solo alguno escoge dicha posibilidad:

- i. Si todos los legitimarios descendientes optan por la legítima libre recibirán la legítima larga de dos tercios, salvo que el testador haya dispuesto a favor de descendientes no legitimarios el tercio de mejora⁷⁹. Si concurriesen con el cónyuge supérstite la parte del tercio de mejora estaría gravada por el usufructo a su favor (art. 834 CC).
- ii. Si alguno de los legitimarios opta por la legítima libre, pero otros no, el legitimario que defienda la intangibilidad cualitativa de su legítima recibirá su parte del tercio de legítima estricta mientras que los que respeten el gravamen recibirán su parte de los 2/3 de legítima larga acreciendo el tercio de mejora en la parte abandonada por el legitimario que hubiera optado por la legítima libre. En el caso de que hubiera descendientes mejorados no legitimarios, los legitimarios que respetasen el gravamen recibirían la parte del tercio de mejora no dispuesto por el testador o la parte del tercio disponible si fuera este tercio el que hubiera atribuido en compensación de respetar el gravamen⁸⁰. Si concurriesen con el cónyuge supérstite la parte del tercio de mejora estaría gravada por el usufructo a su favor (art. 834 CC).
- En los supuestos de pluralidad de legitimarios ascendientes, en el caso de que uno de los legitimarios decida quedarse con su legítima estricta y los demás (uno o varios legitimarios concurrentes) por mantener el gravamen, la parte vacante fruto de su decisión que se le había asignado en compensación de la imposición

⁷⁸ CAPILLA RONCERO, F. «Comentario al art. 813...», *cit.*, p.6.

⁷⁹ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *La cautela gualdense...*, *cit.*, pp.282-287.

⁸⁰ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *La cautela gualdense...*, *cit.*, pp.282-287.

del gravamen acrecerá a los demás legitimarios de no existir beneficiario, sin perjuicio del usufructo a favor del cónyuge viudo (art. 837 CC) ⁸¹.

En cuanto a la **situación en la que va a quedar el beneficiario** si el legitimario opta por recibir la legítima libre de gravámenes, el beneficiario va a quedar instituido en la porción abandonada por el legitimario que era la atribución patrimonial concedida al legitimario como compensación por la imposición de un gravamen sobre su legítima, sin adquirir por ello la condición de en heredero⁸².

Vemos que la parte disponible concedida al beneficiario puede variar si dispone el legado constitutivo del gravamen a favor de un colegitimario o del cónyuge supérstite o de un extraño.

- En el caso de que el legado se disponga a favor del cónyuge viudo concurrente con hijos este tendrá derecho, en caso de que el legitimario opte por no soportar el gravamen, al tercio de libre disposición junto con el usufructo del tercio de mejora (art. 834 CC)⁸³.
- Sin embargo, si el legado es a favor de uno de los legitimarios descendientes, al ser dos tercios los que el causante puede disponer libremente entre ellos (tercio de libre disposición y de mejora) se entendería que en el caso de que no se respetase el gravamen a favor de uno de ellos, tendría el legitimario legatario el derecho al tercio disponible, junto con el tercio de mejora y la parte del tercio de legítima estricta que le correspondiese⁸⁴.
- En el caso de que fuese un extraño el beneficiario este recibirá la parte disponible que hubiese quedado libre al ejercer el derecho de opción⁸⁵.

Puede ocurrir que el testador haya dispuesto varios legados que lesionen cualitativamente la legítima. Si son **varios los legados**, y los legitimarios optan por mantener su legítima libre, la parte libremente disponible se repartirá entre los legatarios

⁸¹ RAGEL SÁNCHEZ L.F. «Comentarios al...», *cit.*, p.6053

⁸² RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *La cautela gualdense...*, *cit.*, pp.288-289.

⁸³ CAPILLA RONCERO, F. «Comentario al art. 820...», *cit.*, p.5.

⁸⁴ CAPILLA RONCERO, F. «Comentario al art. 820...», *cit.*, p.5.

⁸⁵ CAPILLA RONCERO, F. «Comentario al art. 820...», *cit.*, p.5.

en proporción a sus legados originarios, si no se ha previsto cosa distinta por el testador (Art. 820.2º CC)⁸⁶.

Si el testador no beneficia a nadie en concreto (legatarios o sustitutos), serán favorecidos los herederos, voluntarios o *ab intestato* (art. 912 CC)⁸⁷. Por ello, de no haber sustitutos designados por el testador ni legados que deban atribuirse a un determinado beneficiario, el heredero testamentario instituido por el causante se convertirá en el favorecido del exceso abandonado, de no haberlo, será el heredero *ab intestato* el que adquiera la parte que queda vacante de dueño que, en todo caso, no podrá ser atribuida al legitimario que ejercitó la opción⁸⁸.

Abierta la sucesión *ab intestato* de la parte liberada por el legitimario al ejercitar su opción, el legitimario que haya ejercitado la facultad de optar, no habiendo instituido el testador otros herederos, no podrá adquirir por sucesión intestada la condición de heredero, puesto que iría en contra de la voluntad del testador, y conseguiría así burlar la cautela (art. 1009.1 CC)⁸⁹, por ello, se excluye la posibilidad de ser sucesor *ab intestato* si previamente se ha rechazado dicho exceso⁹⁰.

4.2 Disposición testamentaria.

«*La sucesión se defiere por voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley*» (art. 658 CC). Siendo el testamento el acto personalísimo (por lo que no cabe delegación) y esencialmente revocable «*por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o parte de ellos*» (arts. 667, 671 y 737 CC).

La cautela sociniana consiste en una cláusula testamentaria por la que se le atribuye al legitimario un *quantum* superior a lo que le corresponde legalmente y correlativamente, la imposición de un gravamen, gravamen que hay que entenderlo en sentido amplio, que altere el *quale* de lo que le correspondería, es decir, que recaiga sobre la porción de la herencia que le pertenece por ley y junto con ello, la facultad de elegir entre lo que le

⁸⁶ CAPILLA RONCERO, F. «Comentario al art. 820...», *cit.*, p.4.

⁸⁷ RAGEL SÁNCHEZ L.F. «Comentarios al...», *cit.*, p.6052

⁸⁸ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *La cautela gualdense...*, *cit.*, pp.293-294.

⁸⁹ RAGEL SÁNCHEZ L.F. «Comentarios al...», *cit.*, p.6052.

⁹⁰ RAGEL SÁNCHEZ L.F. «Comentarios al...», *cit.*, p.6052.

corresponda o un mayor *quantum* de manera expresa (con las matizaciones que haremos más adelante en cuanto a su condición de expresa)⁹¹.

Entre las **disposiciones testamentarias limitativas habituales** de la cautela sociniana en testamento, además de la imposición típica de usufructo universal, encontramos la prohibición de partición judicial o intervención judicial del testamento, la prohibición de enajenación de lo percibido por legítima o la imposición de una forma de explotación del caudal relichto determinada⁹². Incluso, en ocasiones se les incita a aceptar el arbitraje como método alternativo a la jurisdicción con la sanción de reducirle lo entregado⁹³. Además, también puede determinar el testador, entre otras, el plazo para ejercitar el derecho de optar, consecuencias de abandono del exceso atribuido a los legitimarios indicando a que personas se debe atribuir con orden preferente, la forma para ejercitar la opción, designación de sustituto en caso de que fallezca el legitimario⁹⁴.

Es necesario hacer una indicación respecto al hecho de que en el art. 816 CC se prohíbe la disposición sobre la legítima futura: ello se refiere, más bien, a los pactos y transacciones sobre la legítima *inter vivos* que serían nulos de pleno derecho⁹⁵. En la cautela sociniana, ya no se trata de una disposición de la legítima futura por parte del legitimario, sino que la cláusula produce efectos habiendo fallecido el testador, permitiendo, a partir de entonces, ser objeto de negociación, pudiendo el legitimario reclamarla como se garantiza en la ley, renunciar a toda ella o renunciar a la acción de lesión cualitativa y aceptar, consecuentemente, el gravamen⁹⁶.

4.3 Derecho a optar.

La legítima actúa como freno a la libertad dispositiva y distributiva del testador⁹⁷. Frente a este límite surge la cautela socini como una figura posible y válida contenida en las estipulaciones testamentarias⁹⁸. La cautela se configura en forma de facultad

⁹¹ PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., «Alcance y límites de la prohibición testamentaria de que los herederos acudan a la intervención judicial en la cautela socini: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2014», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº35, 2014, p. 479.

⁹² BERROCAL LANZAROT, A.I., «La cautela socini...», *cit.*, p. 8.

⁹³ MARTÍN GARCÍA, M.d.L, «Mediación en las sucesiones mortis causa ¿un instrumento eficaz en la resolución extrajudicial de conflictos?», *Estudios de derecho de sucesiones. LA LEY DIGITAL 431/2015*, 2014, p.6.

⁹⁴ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *La cautela gualdense...*, *cit.*, pp.172-184.

⁹⁵ FERRER PONS, J. «La intangibilidad de...», *cit.*, p.891

⁹⁶ FERRER PONS, J. «La intangibilidad de...», *cit.*, p.891

⁹⁷ MARTÍNEZ VELENCOSO. L.M. «Caracterización y alcance...», *cit.*, p.158.

⁹⁸ MARTÍNEZ VELENCOSO. L.M. «Caracterización y alcance...», *cit.*, p.158.

alternativa o de optar establecida por el testador, pero la cual se proyectará en el plano del legitimario, ya que deberá este decidir entre ambas alternativas. Por tanto, el titular de la opción es el legitimario quien genéricamente puede llevar a cabo acciones para la defensa de la legítima, a su arbitrio y de manera unilateral⁹⁹. Este derecho a optar anexo a la configuración testamentaria de la cautela permitirá afirmar que no hay infracción de la legítima, pues permite al legitimario optar por recibir la legítima estricta¹⁰⁰.

La opción es la libertad o facultad de elegir (RAE), pero ¿cuáles son las opciones a elegir? Como venimos especificando, existen dos alternativas entre las que se tiene que decantar el legitimario:

- Recibir más de lo que le corresponde por legítima, pero aceptando el gravamen impuesto por el testador.
- Recibir lo que le corresponde por legítima (usualmente por legítima estricta), libre de cargas o gravámenes.

Al ser la opción unilateral, el legatario, quien no tiene derecho a acordar con el legitimario su decisión, será un mero sujeto pasivo, sin embargo, siempre podrá presentar demanda por incumplimiento de las disposiciones testamentarias conforme a lo previsto para el cumplimiento fiel de su legado¹⁰¹. Pero no únicamente se impide inmiscuirse en la decisión al legatario, sino también al testador y a los sujetos beneficiarios del gravamen o favorecidos por la opción, ya que es el legitimario quien debe proteger sus propios derechos de carácter personalísimo, o en su caso, a los herederos del legitimario cuando no hubiera ejercitado todavía la opción¹⁰².

Finalmente, es necesario hacer un breve inciso para detenerse sobre el supuesto en el que el derecho a optar recaiga sobre un **menor** o una **persona cuya capacidad de obrar se ha modificado judicialmente**, y el representante del mismo sea a su vez posible beneficiario de la elección de una de las dos opciones. Por ejemplo, el caso en el que recae la representación del menor legitimario en la viuda del causante. Respecto a ello se ha pronunciado la DGRN en la Resolución de 14 de diciembre de 2006, entre otras, afirmando la necesidad de nombrar defensor judicial del menor siguiendo los requisitos del art. 1060 CC, al existir una oposición de intereses entre ambos que

⁹⁹ MARTÍNEZ VELENCOSO. L.M. «Caracterización y alcance...», *cit.*, p.158.

¹⁰⁰ MARTÍNEZ VELENCOSO. L.M. «Caracterización y alcance...», *cit.*, p.158.

¹⁰¹ CAPILLA RONCERO, F. «Comentario al art. 820...», *cit.*, p.4.

¹⁰² RAGEL SÁNCHEZ L.F. «Comentarios al...», *cit.*, p.6068.

conlleva que la representación no deba ser ejercitada en este caso por el representante legal del menor.¹⁰³ Reiteran dicho criterio las Resoluciones de la DGRN de 11 de diciembre de 2012 y 4 de septiembre de 2012. Por lo tanto, será el padre, tutor o defensor judicial el que ejercite la opción siempre que no tuviesen intereses contrapuestos con él. Sin embargo, en las mismas Resoluciones se establece que no habrá contradicción ni conflicto de intereses en aquella partición donde los bienes se adjudiquen pro-indiviso y respeten las normas legales sobre la partición de la herencia. En 2015, se pronuncian en el mismo sentido la RDGRN de 5 de febrero de 2015¹⁰⁴ y la RDGRN de 22 de junio de 2015, donde se establece la misma consecuencia con la cautela socini, optar entre mantener el usufructo universal sobre toda la herencia para el cónyuge viudo o que el supérstite reciba únicamente lo legalmente establecido en cuanto a usufructo de un tercio más el tercio de libre disposición. En la primera de ellas el supérstite opta por el usufructo universal, por lo que se determina que en este caso si que debe intervenir defensor judicial, sin embargo, en la resolución de 22 de junio la supérstite opta por el tercio de libre disposición más el usufructo legal, por lo que entiende la DGRN que no existe conflicto alguno en la decisión que afecte a la legítima y, por tanto, no es necesario el nombramiento de tal defensor.

4.4 Aceptación

La cautela socini trata de incentivar la aceptación de lo impuesto en el testamento por el causante pudiendo los legitimarios respetarlo y aceptarlo a su libre voluntad, convirtiéndose entonces las limitaciones contrarias a la integridad cualitativa de la legítima en eficaces y exigibles¹⁰⁵. En ningún caso, la atribución será inferior a lo que por legítima (normalmente la legítima estricta) les corresponda si deciden no aceptar el gravamen.

Hay que esclarecer aquí, si el hecho de aceptar la herencia por parte del legitimario supone la aceptación del gravamen, o de lo contrario, se necesita repudiar primeramente para poder exigir la legítima pura. Según LACRUZ, la aceptación pura y simple de la herencia no implicaría, por ello, la aceptación del gravamen: solo cuando se acepta expresamente el gravamen en cuanto tal, devendrá inoponible ante los tribunales la

¹⁰³ RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO. *Objeto del usufructo...*, cit., p.9

¹⁰⁴ **RDGRN de 5 de febrero de 2015.** Se establece aquí que la decisión establecida mediante una cautela socini del art. 820.3º CC no la puede llevar a cabo el viudo aunque sea adecuada con los intereses de los intervenientes, sino que se exige el nombramiento de un defensor judicial.

¹⁰⁵ CAPILLA RONCERO, F. «Comentario al art. 813...», cit., p.6.

infracción de la legítima cualitativa y, mientras no se den aquellos actos expresos, los gravámenes se tendrán por no puestos (y serán impugnables judicialmente) en cuanto afecten a la intangibilidad de la legítima¹⁰⁶. Pero, aunque durante el tiempo que transcurre entre la apertura de la sucesión, una vez deferida la herencia, y la efectiva aceptación expresa del gravamen sobre la legítima, los gravámenes o restricciones impuestos por el testador se tengan por no puestos, las restricciones o gravámenes permanecerán sobre el exceso que sea libremente disponible por el testador (por ejemplo, el usufructo se mantendría sobre el tercio de libre disposición, pero quedaría en suspenso sobre la parte de la legítima estricta)¹⁰⁷. Mientras no se pronuncie el legitimario al respecto existiría una mera expectativa jurídica de la persona beneficiada sobre unos bienes o derechos no disponibles hasta que se consoliden; cuando se pronuncie al respecto, la expectativa podrá verse convertida en una atribución patrimonial distinta: el exceso liberado por el legitimario si este opta por recibir la legítima libre de gravámenes¹⁰⁸.

Sin embargo, si se trata de una lesión cualitativa basada en la atribución de bienes ajenos al caudal, sí se entiende que será necesario no haber aceptado previamente las atribuciones inapropiadas, debiendo el legitimario reclamar los bienes integrantes del caudal mediante las acciones pertinentes¹⁰⁹.

Una vez tomada la decisión de aceptar el gravamen junto con lo dispuesto por el testador, se entiende renunciada la acción de protección de la intangibilidad cualitativa de la legítima, no pudiendo ya ejercitárla; sin embargo, habiendo optado por la legítima estricta y quedando una parte libre, este exceso abandonado quedará en manos del beneficiario o persona favorecida¹¹⁰. La doctrina difiere en la consideración, por un lado, de si la obtención de lo que le corresponde por legítima se atribuye por ley y, por tanto, existe una repudiación de toda lo que el testador le atribuye en la disposición testamentaria, o si por el contrario, como otros autores consideran, el hecho de que el legitimario obtenga la legítima tiene origen en la disposición testamentaria y no es una

¹⁰⁶ LACRUZ BERDEJO J.L., SANCHO REBULLIDA, F.D.A.. *Derecho de..., cit.*, p. 128.

¹⁰⁷ CAPILLA RONCERO, F. «Comentario al art. 813...», *cit.*, p.4

¹⁰⁸ RAGEL SÁNCHEZ L.F. «Comentarios al...», *cit.*, pp.6075-6075.

¹⁰⁹ CAPILLA RONCERO, F. «Comentario al art. 813...», *cit.*, p.5.

¹¹⁰ BERROCAL LANZAROT, A.I., «La cautela socini...», *cit.*, p. 8

repudiación en tanto que la repudiación parcial está prohibida por el art. 990 CC (VALLET DE GOYTISOLO)¹¹¹.

Independientemente de ello, la aceptación sería un requisito de eficacia del gravamen sobre la parte de la legítima, sin ella, el legitimario únicamente obtendría el mínimo que le corresponde en virtud de lo que le atribuye la ley¹¹².

Se debe hacer mención al supuesto de que el legitimario reciba en concepto de legítima un legado de cosa específica y determinada, donde se estima que la adquisición del legado expresa o tácitamente supondrá que el legitimario asume el gravamen y por tanto, no podrá a partir de este momento, reclamar el cumplimiento de su legítima libre¹¹³.

No se establece un **plazo** para el ejercicio de la opción, de manera que la doctrina aplica por analogía la *interpellatio in iure* del art. 1005 CC para que el juez señale un plazo para ejercitarse que no debe superar los treinta días, de no ejecutar acción alguna en dicho plazo, se tendrá por aceptada la atribución determinada por el testador, incluido el gravamen sobre la legítima¹¹⁴. Mientras el legitimario no se decante por alguna de las alternativas, la atribución de la parte libre a favor del legitimario quedará en suspenso hasta que acepte el gravamen impuesto¹¹⁵.

En cuanto a la **forma**, la doctrina mayoritaria opina que no es necesario que la aceptación se produzca de forma expresa siempre que resulte de demostraciones claras e indubitadas¹¹⁶. Por tanto, podría ser de forma expresa o tácita; verbal o escrita; en documento público o privado; aunque una forma fehaciente podría facilitar la seguridad jurídica y hacer quedar constancia de la irrevocabilidad de lo adoptado y de su fecha¹¹⁷.

5. LA CAUTELA GUALDENSE O SOCINI TÁCITA.

La cautela socini tácita tiene influencia de teoría de la recompensa de DUMOULIN (siglo XVI) y es aquella que se refiere a la no necesidad de la existencia de una facultad de optar a favor del legitimario para la existencia de la misma, bastando con que el

¹¹¹ RAGEL SÁNCHEZ L.F. «Comentarios al...», *cit.*, p.6049.

¹¹² FERRER PONS, J. «La intangibilidad de...», *cit.*, p.890.

¹¹³ RAGEL SÁNCHEZ L.F. «Comentarios al...», *cit.*, pp.6049-6050.

¹¹⁴ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *La cautela gualdense...*, *cit.*, p.270.

¹¹⁵ FERRER PONS, J. «La intangibilidad de...», *cit.*, p.890.

¹¹⁶ FERRER PONS, J. «La intangibilidad de...», *cit.*, p.891

¹¹⁷ RAGEL SÁNCHEZ L.F. «Comentarios al...», *cit.*, pp.6072-6073.

testador deje al legitimario más de lo que estrictamente le corresponde, estando el gravamen compensado por el exceso concedido¹¹⁸.

Algunos autores como FUENMAYOR y CABEZUELO ARENAS componentes del sector minoritario de la doctrina, entienden que toda cláusula testamentaria que grave la legítima debe establecerse de manera expresa¹¹⁹.

Frente a la idea¹²⁰ de que cuando no esté expresamente prevista en el testamento una opción, ni el supuesto encaje en el art. 820.3º CC, la cautela socini que impone un gravamen será ineficaz sobre la legítima quedando intacta la atribución testamentaria a favor del legitimario por la cual se le concede más de lo correspondiente por ley, RAGEL SÁNCHEZ y otros autores consideran que la cautela socini tácita debería estar admitida por respetar la voluntad del causante y por conciliar mejor los intereses de ambas partes¹²¹.

En concreto, consiste en que el testador cuando va a disponer sus bienes por medio del testamento no se pronuncia de manera explícita sobre la existencia de una opción sobre la que el legitimario deba basar su elección¹²². La afirmación de la cautela socini tácita supone que el testador que conceda al legitimario más de lo que por legítima le corresponda y, al mismo tiempo imponga un gravamen, le concede una opción dentro de la cautela socini que, aunque no se pueda observar de manera visual, generará los mismos efectos (lo que se basa en la voluntad del testador como ley de la sucesión)¹²³. Se entiende que con ello se respeta igualmente la intangibilidad de la legítima impuesta por el art. 813 CC porque el legitimario podrá optar por reclamarla si así lo desea perdiendo entonces lo que le hubiera sido atribuido de más. Además, han sido numerosas las sentencias que han convertido en doctrina jurisprudencial la negación de que el legitimario pueda obtener las ventajas del testamento que el causante le había asignado en correlación con la imposición de un gravamen si no permite este gravamen se mantenga, es decir, o mantiene la legítima estricta o se queda con la mayor parte

¹¹⁸ ZUBIAUR IMAZ, L. «Comentario a la...», *cit.*, p. 751.

¹¹⁹ PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., «Alcance y límites de...», *cit.*, p. 479.

¹²⁰ Autores como ROCA SASTRE y VALLET DE GOYTISOLO niegan la existencia de una cautela socini tácita..

¹²¹ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *La cautela gualdense...*, *cit.*, pp.296-297, 304-305.

¹²² RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *La cautela gualdense...*, *cit.*, p. 304.

¹²³ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *La cautela gualdense...*, *cit.*, pp. 304-305.

asignada pero soportando el gravamen (no pudiendo quedarse con la legítima estricta más la parte disponible asignada libres de gravámenes) ¹²⁴.

IV. LA CAUTELA SOCINI EN LA RECENTE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Hasta una etapa reciente no se ha admitido expresamente y de manera clara la cautela socini por la jurisprudencia en el Derecho Civil pese a su común uso en la sucesión¹²⁵. RAGEL SÁNCHEZ considera que esto se ha debido a que su validez se ha dado por supuesta, discutiéndose únicamente el alcance de las disposiciones testamentarias¹²⁶. La jurisprudencia anterior a 2014 ha tenido pronunciamientos diversos sobre la cautela, existiendo resoluciones que van desde la admisión y validez de esta, hasta su inaplicación o la moderación de su intensidad¹²⁷.

Anteriormente, Sentencias como la STS de 30 de enero de 1995¹²⁸, STS de 20 de septiembre de 1999¹²⁹, STS de 10 de julio de 2003¹³⁰, STS de 27 de mayo de 2010¹³¹

¹²⁴ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *La cautela gualdense...*, cit., pp.307 y 314.

¹²⁵ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *La cautela gualdense...*, cit., pp.307 y 314.

¹²⁶ RAGEL SÁNCHEZ L.F. «Comentarios al...», cit., p.6043.

¹²⁷ MARTÍNEZ VELENCOZO, L.M., «Doctrina jurisprudencial sobre la prohibición testamentaria del recurso a la intervención judicial en la “cautela socini”», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº888, 2014, p.1.

¹²⁸ **STS de 30 de enero de 1995.** Causante que lega a su viuda el usufructo universal vitalicio e instituye a sus dos hijos comunes como herederos universales únicos, estableciendo que el que no respetase el usufructo recibirá únicamente lo que por legítima le corresponda, quedando el usufructo en el tercio de mejora dispuesto por ley y el tercio de libre disposición a su favor. Sin embargo, fruto del nacimiento de una hija extramatrimonial (preterida no intencionalmente) que reclama su legítima por vulneración de la intangibilidad cualitativa por el usufructo se inicia un proceso para la defensa de su legítima. Finalmente, la cónyuge supérstite recibirá únicamente el tercio de libre disposición en plena propiedad y el tercio de mejora en calidad de usufructo.

¹²⁹ **STS de 20 de septiembre de 1999.** Causante que instituye heredera a su esposa y lega a sus padres determinados bienes y derechos en concepto de legítima, pero estando, algunos de ellos, gravados con una renta vitalicia a favor de la cónyuge supérstite. Los legatarios pretenden impugnar la renta vitalicia por gravar su legítima, pero el tribunal establece que no existe vulneración al existir una previa aceptación de la legítima gravada en su momento.

¹³⁰ **STS de 10 de julio de 2003.** Causante establece a favor de su esposa el usufructo universal e instituye a sus dos hijas herederas universales por partes iguales en el caso de que respeten el usufructo bajo condición de que si una de ellas no lo respetase, ambas deberán recibir únicamente la legítima. Una de las hijas no acepta el gravamen, por lo que, la cónyuge supérstite recibe el tercio de libre disposición en plena propiedad. Dicha sentencia establece que la cautela socini concreta es válida.

¹³¹ **STS de 27 de mayo de 2010.** El causante establece una serie de cargas a los legitimarios, como las de respetar los legados y el hecho de que el administrador de los bienes hereditarios sea una sociedad por el plazo de 10 años, para mantener sus atribuciones si respetan la voluntad del causante, quedándose en caso contrario con su legítima estricta. Esta sentencia se pronuncia sobre la existencia de una doctrina mayoritaria que se decanta por la validez de la cláusula que pretende que el legitimario respete la voluntad del causante, frente a la doctrina minoritaria que aboga por que la cautela supone un fraude de ley.

establecían los efectos de la inclusión en el testamento de la cautela socini, admitiéndola vagamente, pero sin pronunciarse en profundidad sobre la validez o no de la cláusula.

La **STS de 10 de junio del 2014** se pronuncia al respecto, estableciendo doctrina y manifestándose sobre la validez de la cautela socini, declarando que no constituye un fraude de ley, y decidiendo también sobre el alcance de la prohibición hecha por el testador en el caso de que alguno de los legitimarios solicite la intervención judicial.

En concreto, en este caso el testador había prohibido la intervención judicial en el testamento, siendo su voluntad que las operaciones se ejercitaran de manera extrajudicial por un contador partidor¹³². Tres de las hijas del testador de un total de cinco hijos solicitaron el complemento de su legítima por vía judicial en un proceso previo, ya que entendían que, en el cómputo de su legítima, faltaba de contabilizar una transmisión de 490 acciones. El causante y su cónyuge, en régimen de gananciales, habían donado en vida tan solo a dos de sus hijos dichas acciones, pero no se habían tenido en cuenta dichas acciones a la hora de realizar la partición de la herencia y adjudicar los bienes hereditarios. Los dos hijos, poseedores de las 490 acciones, demandaron a sus hermanas entendiendo que habían contravenido la voluntad del causante establecida en las previsiones testamentarias de no intervención judicial de su legítima para que quedasen instituidas únicamente en su legítima estricta. El tribunal decidirá, con los argumentos que veremos a continuación, que la cláusula testamentaria impuesta por el testador es válida en tanto que se encuentra dentro de las facultades dispositivas del testador, ya que ofrece una facultad de optar a las legitimarias. Al contravenirse las disposiciones testamentarias, en concreto, siendo el contenido impugnatorio la acción de suplemento ejercitada, lo que encaja en la prohibición impuesta, supondrá que las legitimarias queden instituidas en la legítima estricta.

¹³² La redacción literal de las cláusulas controvertidas en el testamento es la siguiente:

«**Octava.**- Se prohíbe absolutamente la intervención judicial y cualquier otra en su testamentaria, aun cuando en ella hubiere interesados menores de edad, ausentes o incapacitados, pues quiere que todas sus operaciones se ejecuten extrajudicialmente por su comisario contador partidor»

«**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»

Una puntuación que se debe hacer respecto al caso es que, tanto el causante como su cónyuge, que habían redactado testamentos de igual contenido, y habían hecho conjuntamente una donación de 490 acciones a tan solo dos de sus hijos, habían establecido que sus cinco hijos eran herederos universales de su herencia. Sin embargo, el valor de las acciones se había incrementado notablemente con los años, lo que conllevaba que a la muerte de ambos (en este caso la sentencia versa sobre la herencia paterna) compensara más a las tres hijas iniciar un proceso para que se les asignara lo que por legítima les correspondiese, en tanto que, para el computo de misma, se tienen en cuenta las donaciones efectuadas en vida del causante. Es decir, ser herederas universales respetando la cautela socini supondría para las hijas recibir una cuantía inferior a la cuantía de la legítima estricta calculada como la suma del caudal relicto más el valor de las donaciones.

Señala FAJARDO FERNÁNDEZ si realmente los testadores habían dejado a las hijas menos de lo que les correspondía por legítima estas tenían derecho de impugnar sin la aplicación de la sanción prevista en el testamento¹³³. Afirma además que no había un incumplimiento ya que solo estaban reclamando la legítima estricta por lo que el Tribunal Supremo no debería haber entrado a cuestionar la validez de la cautela sociniana¹³⁴. El Tribunal aprovecha la sentencia para fijar un nuevo criterio relativo al ámbito dispositivo del testador en relación a la cautela socini (a continuación desgajado), complementario del mantenido por la jurisprudencia anterior que defiende la posible impugnación de la legítima siempre y sin sanción cuando el demandante trate de defenderla¹³⁵.

Afirma el tribunal que pese a la práctica testamentaria ampliamente reconocida de la cautela socini o más recientemente denominada cláusula de opción compensatoria, la polémica en torno a la misma no ha sido resulta por la doctrina jurisprudencial, habiendo pronunciamientos previos de diversa clase. Por ello, con esta sentencia se pronuncia sobre el alcance de la cautela atendiendo a **dos perspectivas** de la legítima: por un lado, su función como «*límite a la libertad dispositiva y distributiva del testador*» y, por otro lado, «*como derecho subjetivo del legitimario*» a llevar a cabo acciones en defensa de su beneficio.

¹³³ FAJARDO FERNÁNDEZ, J. «Sentencia de 17 de...», *cit.*, p.39.

¹³⁴ FAJARDO FERNÁNDEZ, J. «Sentencia de 17 de...», *cit.*, p.42.

¹³⁵ FAJARDO FERNÁNDEZ, J. «Sentencia de 17 de...», *cit.*, p.40.

En cuanto a la **legítima como límite a la libertad dispositiva y distributiva del testador**, se entiende que la cautela sociniana es válida y admisible. La sentencia se pronuncia sobre la cuestión aducida por algunos autores respecto a la caracterización de la cláusula como hecha en fraude de ley. Frente a ello, se afirma que no existe tal fraude, al conceder una facultad de optar entre aceptar la disposición ordenada o contravenir la misma, pero recibiendo, la legítima estricta¹³⁶. Ello, fundándose en la aseveración de ROCA SASTRE a la que hemos hecho referencia anteriormente, de que quien puede lo más (renunciar a la herencia), puede lo menos (aceptar una herencia que supone un gravamen a su legítima). En dicha sentencia se aboga por la validez de la cautela en tanto que respeta escrupulosamente la legítima estricta de aquellos que no estén dispuestos a tolerar el gravamen o limitación. Frente al art. 675.2 CC que establece que «*el testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos que haya nulidad declarada por ley*», no se aprecian indicios de ilicitud si en cualquier caso se reserva libre de gravamen la legítima estricta para los que no deseen cumplir las disposiciones del testador, siendo la cláusula, por tanto, válida y eficaz¹³⁷.

Literalmente establece que «*no constituye “fraus legis” dirigido a imponer condición ilícita (coacción) o gravamen directo sobre la legítima (art. 813 CC), 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 ejercitarse en uno u otro sentido conforme a sus legítimos intereses.*»

Por otro lado, en una segunda perspectiva relativa al **derecho subjetivo del legitimario**, en este caso, respecto a la solicitud de intervención judicial en defensa de la intangibilidad de la legítima, también señala la sentencia que no todo contenido impugnatorio de ejecución testamentaria queda contenido en la prohibición impuesta: «*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 el contrario, 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 de gananciales como, en su caso, la*

¹³⁶ MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., «Doctrina jurisprudencial...», *cit.*, p.1

¹³⁷ CABEZUELO ARENAS, A.L. «Validez de prohibición...», *cit.*, p. 142.

inclusión de bienes ajenos a la herencia deferida, entre otras, escapan de la sanción prevista en la medida en que el testador, por ser contrarias a la norma, no puede imbricarlas, en la prohibición testamentaria que acompaña a la cautela». La prohibición de recurrir a intervención judicial no afecta al plano material del derecho subjetivo del legitimario que conserva las acciones de defensa de la legítima. Por ello, va a ser preciso valorar el fundamento del contenido impugnatorio que determina el recurso de la intervención judicial pues no todos los fundamentos están comprendidos en la prohibición de la cautela socini.

Por tanto, se están estableciendo dos tipos de impugnaciones: en primer lugar, aquellas que pretenden combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador que son las que están prohibidas por el testamento y conllevarán la aplicación de la sanción, recibiendo el legitimario únicamente la legítima y en segundo lugar, aquellas que no quedan afectas a la sanción porque el testador no puede impedirlas mediante una prohibición testamentaria pudiendo ser ejercitadas por el legitimario sin sanción alguna y manteniendo todo lo que se le haya asignado más allá de la legítima¹³⁸. La frontera entre ambos tipos de impugnaciones para determinar si suponen una infracción va a depender de la superación del test de legalidad¹³⁹. El testador podrá impedir la impugnación de su testamento e imponer sanción de recibir la legítima estricta, sin embargo, no podrá hacerlo si hay nulidad de la cláusula testamentaria por vulneración de la legítima declarada por ley que conllevará que la cláusula se tenga por no puesta (arts. 675.2 y 792 CC), en cuyo caso se podrá impugnar lícitamente sin sanción¹⁴⁰.

¿Qué supone esta sentencia respecto a la anterior jurisprudencia existente? Es decir, ¿cuáles son los cambios que se producen como resultado de la misma? Aunque ya había estado previamente reconocida en previas sentencias que establecían su validez, pero sin entrar a pronunciarse sobre ella, tras la STS de 10 de junio de 2014 se afirma la validez y eficacia de la cláusula testamentaria socini como tal, afirmando que la legítima es el único límite a la libertad de disposición del testador y que si a pesar de ello, hay una vulneración cualitativa de la misma, quedarán al arbitrio del legitimario las acciones para su defensa. Además, se establece que no todos los casos en los que el legitimario ejercite una acción vulneran la prohibición de intervención judicial

¹³⁸ FAJARDO FERNÁNDEZ, J. «Sentencia de 17 de...», *cit.*, p.38.

¹³⁹ PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., «Alcance y límites de...», *cit.*, p. 490.

¹⁴⁰ FAJARDO FERNÁNDEZ, J. «Sentencia de 17 de enero de...», *cit.*, p.39.

establecida en algunas cláusulas como gravamen de la legítima, sino que solo lo hacen aquellas que contravengan o no acepten las disposiciones realizadas fruto de la voluntad del causante.

Pocos años antes, la **STS de 21 de noviembre de 2011**¹⁴¹, se pronunciaba respecto a un mismo suceso de la sentencia anteriormente nombrada de 10/6/2014 pero por el proceso relativo a la herencia del otro cónyuge en el que igualmente se establecía la no intervención judicial de la herencia bajo pena de asignar a aquel que no lo cumpliera únicamente la legítima legalmente establecida. La solución alcanzada será una solución totalmente diversa, afirmando que el testador no puede limitar la legítima en el sentido de imponer la cautela socini respecto a la misma, no pudiendo el testador evitar, ni sancionar que el legitimario acuda a la vía judicial y, no cabiendo, por tanto, una prohibición de intervención judicial. Entiende el Tribunal Supremo que con la cláusula de prohibición de intervención judicial se infringen las normas sobre intangibilidad de la legítima estricta y en concreto, el art. 675 CC por la que se había considerado válida, afirmando que acudir a la intervención judicial en defensa de la legítima estricta, no permite la aplicación de la cautela socini al no ser válida ni eficaz, y como consecuencia, se debe inaplicar la sanción de la testadora. Aquí se ve el cambio de criterio adoptado por el Tribunal Supremo en tanto que en la sentencia de 2011 entendía que no era aplicable la cautela cuando los legitimarios se limitaran a reclamar lo que les correspondía por legítima estricta para el cálculo de la misma. Incluso en una previa STS de 15 de junio de 2007 se entendió, frente a una acción de petición de complemento de la legítima ejercitada por las hermanas por la herencia de la madre, que no había sanción testamentaria porque se habían limitado a pedir la legítima estricta, lo que queda confirmado con la STS de 21 de noviembre de 2011.

¹⁴¹ **STS de 21 de noviembre de 2011.** La sentencia de 21 de noviembre se pronunciaba al respecto del mismo acontecimiento de la sentencia de 10/6/2014, sin embargo, la coyuntura debatida aquí era la herencia de la madre de los cinco hijos. Es decir, en ambas sentencias son debatidas “las dos caras de la misma moneda”. Como hecho referencia anteriormente, la donación consistente en acciones de una sociedad efectuada a dos de los hijos herederos por parte de los cónyuges en régimen de gananciales había ocasionado la actuación judicial de las hermanas no beneficiarias de dicha donación para que se tuviera en cuenta tal cuantía en la contabilización de su legítima. La madre, herencia de la cual se entra en disputa, también había establecido en testamento la prohibición de intervención judicial de su testamentaria, la no colación de las donaciones efectuadas y el respeto de sus legados y donaciones. Sin embargo, las hijas del matrimonio habían acudido al juzgado a debatir la no contabilización por parte del contador-partidor de las acciones ya que entendían que se estaba vulnerando su legítima. Frente a ello, los hermanos poseedores de las acciones entendían que se estaban vulnerando las disposiciones de la causante (madre) y por tanto, debían quedar instituidas en la legítima estricta.

En relación con la prohibición de la intervención judicial, es una cláusula válida por ser lícita en tanto que el testador puede imponer términos, condición, plazo o modo siempre que no sean contrarias a las buenas costumbres, imposibles o prohibidas por ley, en cuyo caso se tendrán por no puestas, manteniendo el contrato su integridad (arts. 790, 791, 1116 CC) aunque no queda exenta de controversia por el derecho a tutela judicial efectiva del art. 24 CE¹⁴².

Frente a ello, en la **STS de 3 de septiembre de 2014**¹⁴³ se pronunciará el Tribunal Supremo declarando que la cautela socini no supone una vulneración de la tutela judicial efectiva ni se opone al derecho fundamental de acceso a la justicia consagrados en el art. 24 CE. En concreto, en el caso resuelto por la sentencia se han ordenado una serie de legados y se han instituido herederos universales (no existen legitimarios) a la vez que se impone una cláusula de prohibición de intervención judicial de la herencia en forma de cautela socini. Uno de los adquirentes de los legados entendía que el albacea nombrado por el causante había incumplido su legado y pretende destituir al albacea por su actuación. El tribunal se pronunciará sobre la relación entre la cautela y la actuación del albacea, el cual se niega a entregar el legado al legatario por haber infringido la cláusula testamentaria de prohibición, tratando, por su cuenta, de aplicar las consecuencias de la cautela socini.

Varias son las afirmaciones peculiares sentadas en esta sentencia del Tribunal Supremo. En primer lugar, dispone el Tribunal que, pese a que no existe legitimario alguno, la doctrina jurisprudencial de cautela socini es de aplicación, e incluso, afirma que dicha cautela «*puede alcanzar a cualquier beneficiario de la herencia, ya sea este heredero o, como el caso que nos ocupa, legatario de la misma*». Se amplía el ámbito de uso de la cautela.

¹⁴² SERRANO CHAMORRO, M.E. «*¿Puede el testador...?*», *cit.*, pp. 3-4.

¹⁴³ **STS de 3 de septiembre de 2014.** Causante, sin legitimarios, deja en testamento ciertos legados y nombra herederos universales a un convento y a una persona. Nombra albacea contador partidor. En una de las cláusulas de su testamento establece que prohíbe la intervención judicial en su herencia y en el caso de que alguno reclamase quedaría privado de cualquier derecho que le haya legado, acrecentando tal legado a la parte remanente. Se interpone demanda por uno de los legatarios aduciendo que el albacea ha declarado ineficaz su legado por haber iniciado un proceso en el que pretende destituir al albacea por entender que ha pretendido obstaculizar los legados mediante el desarrollo de ciertas maniobras, ya que, no había pagado los legados en su totalidad alegando la insuficiencia de caudal relicto. Dictamina el tribunal que finalmente, al haberse iniciado un proceso de impugnación judicial por parte del legatario, debe este quedarse sin el legado, por la disposición del testador de no intervención judicial de su testamentaria.

En segundo lugar, pese a que se basa en la libertad dispositiva y distributiva del testador relacionada con la libertad de testar, y como se había propugnado con la anterior sentencia, solo los contenidos dirigidos a combatir este ámbito de libertad, son los que afectados por la prohibición; sin embargo, en este caso, entiendo que lo que se está tratando de impugnar judicialmente es una actuación del albacea para reclamarle el cumplimiento correcto, no una disposición testamentaria que refleje la voluntad del causante.

No obstante, infiere aquí el Tribunal que el contenido impugnatorio trata de combatir el ámbito dispositivo ordenado por el testador ya que lo que pretende es la remoción del albacea contador partidor y, por consiguiente, la alteración de lo ordenado y querido por el mismo. Y, lo que es más, establece el Tribunal que la actuación del albacea de declarar totalmente ineficaz el legado por iniciar la acción judicial es lícita por actuar de acuerdo a las facultades que le confiere su cargo de actuación conforme a lo establecido en el testamento, pudiendo este aplicar por sí mismo la cláusula testamentaria en virtud de su cargo.

Autores como SÁNCHEZ SOCÍAS entienden que el Tribunal Supremo se pronuncia de manera precipitada sobre la cautela sociniana, desconociendo la historia y tratando de complementar la STS de 10/6/2014 en la STS de 3/9/2014 en la que ni siquiera hay legitimarios, ampliando el concepto de la figura a todo tipo de sanciones testamentarias que traten de combatir lo dispuesto por el testador independientemente de la existencia de herederos forzados¹⁴⁴.

La doctrina jurisprudencial iniciada con la sentencia de 10/6/2014 queda consolidada en sentencias posteriores sobre la materia. Ejemplo de ello es la **STS de 21 de abril de 2015** en la cual se prohíbe toda intervención judicial en la herencia bajo consecuencia de que los herederos o legatarios que lo impugnen pierdan sus derechos hereditarios y en donde afirma que es preciso valorar el fundamento del contenido impugnatorio que determina la intervención judicial para ver si queda comprendido en la prohibición impuesta por la cautela socini, ya que solo aquellos contenidos impugnatorios dedicados a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador incurren en

¹⁴⁴ SÁNCHEZ SOCÍAS, L., «La constitucionalidad de la cautela socini y sus consecuencias sobre la naturaleza de la legítima», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº59, 2015, pp. 154-155.

prohibición y desencadenan en la legítima estricta como sanción¹⁴⁵. Estableciendo en este caso que, la demandante que pretende impugnar el contenido de las disposiciones testamentarias y contravenir la voluntad de la testadora y queda, fruto de actuación, instituida únicamente en su legítima estricta, perdiendo los demás derechos hereditarios previamente atribuidos. Reiterándose dichos argumentos en sentencias posteriores como la STS de 25 de abril de 2018, la STS de 19 de julio de 2018 y la STS de 14 de febrero de 2019 (estas dos últimas vuelven a aplicar la cautela socini a supuestos de inexistencia de legitimarios, consolidando así la doctrina sentada por la STS de 3 de septiembre de 2014).

V. REFLEXIONES FINALES

Pese al escaso hincapié que se hace al estudiar el derecho de sucesiones, en la práctica la cautela socini está a la orden del día, estableciéndose en numerosos testamentos y siendo de aplicación en cuantiosas sucesiones *mortis causa*. Esta institución intenta flexibilizar las limitaciones a la libertad de testar establecidas por un código del siglo XIX y adaptarse a la voluntad del que se convertirá en causante a la hora de ordenar la sucesión de sus bienes. Frente a las limitaciones de la libre facultad de testar impuestas por la existencia de una regulación que establece la intangibilidad de la legítima, los testadores buscan una flexibilización del ordenamiento sucesorio que les permita disponer de sus bienes a su antojo.

La cautela socini es una fórmula que permite proporcionar cierta libertad a la obligatoria disposición de la legítima entre los legitimarios; sin embargo, parece que no es suficiente y que existe una voluntad mayormente aceptada de no poner fronteras a la autonomía de la voluntad en el Derecho Sucesorio. El derecho debe adaptarse a la evolución de los tiempos y a las necesidades de los ciudadanos, por ello, la regulación debe desarrollarse y recoger las voluntades de aquellos que se ven afectos a las normas.

¹⁴⁵ STS de 21 de abril de 2015. En este caso, la causante instituye herederos a sus siete sobrinos junto con una serie de legados y estableciendo la cláusula de prohibición de intervención judicial en su testamento. Una de estos sobrinos había sido adoptada por la tía previamente, convirtiéndose en legitimaria. La sobrina legitimaria trata de probar que su tía, que había testado conforme al Derecho Foral Navarro, tiene vecindad común para que se le asigne la legítima de 2/3 y no solo la puramente formal y sin contenido patrimonial que establece la legislación navarra. Así, en contra de lo fallado por el Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia Provincial de nulidad de la cláusula de prohibición de intervención judicial por el art. 675 CC, dictamina el Tribunal Supremo que la cláusula testamentaria es una cláusula de opción compensatoria o cláusula socini válida y eficaz y que la demandante perderá los derechos hereditarios, manteniendo la legítima foral navarra únicamente.

Pese a que la más habitual concreción de la cautela es la atribución del usufructo universal al cónyuge viudo, existe un error en creer que esta es la única modalidad a la que se dirige su aplicación, ya que los gravámenes impuestos y compensados por la legítima estricta pueden ser numerosos y no deben limitarse únicamente a este caso en concreto.

En relación al usufructo universal del cónyuge viudo considero que debería regularse la posibilidad de establecer el usufructo universal a favor del supérstite de manera voluntaria y optativa para el testamento ya que, según la regulación actual, los legitimarios podrían negarse a aceptar el usufructo universal alegando la vulneración de la tangibilidad de su legítima.

Es decir, considero que debería primar la voluntad del testador como ley de la sucesión sin hacer depender de la voluntad del legitimario el cumplimiento o no de las aspiraciones del testador en cuanto al usufructo universal de su cónyuge. Así el usufructo universal vitalicio está establecido en legislaciones como la aragonesa, navarra y catalana para el cónyuge que concurra con descendientes, debiendo, desde mi punto de vista implantarse también en el Código Civil en tanto que en la realidad social, como hemos hecho referencia a lo largo del trabajo, alrededor del 90% de los testamentos de personas casadas con descendientes tratan de imponerlo para que el cónyuge supérstite continúe en la misma posición que en el periodo anterior al fallecimiento del premuerto.

Desde mi punto de vista, considero que el Código Civil debe evolucionar y adaptarse al progreso y transformación continua de nuestra sociedad que conlleva una necesaria modificación acorde del sistema de sucesión desarrollado en la legislación para que pueda ajustarse a los deseos y necesidades de los ciudadanos. En concreto, y en mi modesta opinión, creo que se debe repensar el sistema de legítimas para modificarlo, tanto en su cuantía, como en las facultades de disposición del causante. Parece razonable que el testador tenga la libertad de ordenar sus bienes como considere conveniente y disponer de sus bienes a su libre voluntad. Quizás dicha regulación más flexible evitaría la emersión de soluciones alternativas como la cautela socini que ayuda a los testadores a tratar de conseguir que sus legitimarios (legalmente impuestos) admitan voluntariamente seguir los deseos sucesorios del causante.

VI. CONCLUSIONES

La cautela sociniana se viene configurando desde sus orígenes como una figura testamentaria que se establece en forma de cautela de opción compensatoria permitiendo al legitimario optar entre recibir la legítima libre de cualquier gravamen o, aceptarla gravada a cambio de una mayor atribución testamentaria. Aunque la validez y eficacia había sido afirmada por la doctrina y se había dado por entendida en la jurisprudencia, debatiéndose únicamente en los tribunales sobre el alcance de la misma, la jurisprudencia del Tribunal Supremo de 2014, en concreto la STS de 10 de junio de 2014, dictamina por primera vez sobre su validez. En concreto, esta última jurisprudencia se pronunciará sobre el gravamen impuesto por el testador de impedir la intervención judicial de su testamento a cambio de una mayor atribución testamentaria.

La doctrina jurisprudencial consolidada respecto a la cautela socini la declara válida y eficaz, incluso si contienen una cláusula testamentaria de prohibición de intervención judicial, estableciendo que no constituyen gravamen prohibido ni fraude de ley por tener el legitimario la facultad de optar entre aceptar o no la cláusula o recibir únicamente la legítima estricta. Asimismo, se aclara que este tipo de cláusulas que prohíben la intervención judicial del testamento no limitan el derecho de tutela judicial efectiva o acceso judicial del art. 24 CE.

Adicionalmente, se establece en cuanto al alcance de la prohibición de intervención judicial que solo será infringida por aquellas acciones que afecten a la esfera de la voluntad del causante teniendo por objetivo impugnarlas. Es decir, se afirma que no todo contenido impugnatorio queda comprendido en la prohibición de intervención judicial impuesta sino, solo aquellos que vayan en contra del ámbito dispositivo ordenado por el testador y no aquellas impugnaciones dirigidas a denunciar irregularidades del proceso de ejecución testamentaria. En concreto, a partir de la línea jurisprudencia establecida en 2014 el tribunal se declara que las acciones que tengan como finalidad impugnar la voluntad del causante son las únicas que infringen la prohibición de intervención judicial establecida en el testamento, no aplicándose a las acciones de impugnación de los actos de ejecución de la voluntad testamentaria.

Afirmación que será contradicha por la STS de 3 de septiembre de 2014 en la cual una actuación del legitimario en contra de la actuación del albacea le condena a recibir su

legítima estricta, aunque no se tratase de impugnar el ámbito dispositivo y distributivo del testador.

Además, recientemente, la jurisprudencia entiende la cautela socini como una cláusula condicional que sanciona con la pérdida de la parte que excede la legítima estricta si eres legitimario, e incluso, si no lo eres, aplicándose a los casos de inexistencia de legitimarios, sufriendo los herederos o legatarios, como consecuencia de vulneración de la voluntad del causante, la plena privación o pérdida de sus derechos hereditarios.

Si atendemos a los orígenes de la cautela considero que es esencial dentro de la figura el hecho de que se enmarca en el contexto de la legítima, sin embargo, los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo están abstrayendo la misma y dejándola vacía de contenido, al utilizarla y calificar de cautela sociniana cualquier condición testamentaria impuesta y apartándose de la verdadera razón de ser de la misma.

En concreto, el hecho de que las últimas resoluciones jurisprudenciales hayan ampliado el ámbito de actuación de la cautela socini, aplicándola en casos en los que no existen legitimarios, ha desvirtuado su naturaleza, desde mi punto de vista. En relación a ello, considero que sí que es necesaria una adaptación de la regulación de las legítimas que fomente la libertad de testar; sin embargo, también es cierto que creo que no debería establecerse bajo el nombre de cautela sociniana los casos en los que no existen legitimarios.

Por último, como crítica a los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo me gustaría hacer una reflexión sobre la razón de ser de la cautela socini. Esta surgió como una solución a las limitaciones establecidas a los testadores para disponer a su voluntad de sus bienes en el contexto de la legítima, sin embargo, no comarto que la cautela se vea ampliada a cualquier condición impuesta por el testador para sus herederos o legatarios no legitimarios. Aplicar la cautela a estos supuestos supone, desde mi modesta opinión, desconocer su contexto y hacer una precipitada aplicación de la misma a supuestos no justificados que, en todo caso, ya podrían haberse impuesto por el testador sin mencionar esta figura.

VII. BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES

1. BERROCAL LANZAROT, A.I., «La cautela socini: caracterización y alcance de su validez testamentaria», *Actualidad civil*, nº12, 2014.
2. BLASCO GASCÓ, F., *Instituciones de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, 3^a edición, 2018, pp. 1-347.
3. CABEZUELO ARENAS, A.L. *Diversas formas de canalización de la cautela socini*, Tirant lo Blanch, 2002.
4. CABEZUELO ARENAS, A.L. «Validez de prohibición de impugnar el testamento articulada a través de “Cautela Socini”. STS de 17 de enero de 2014», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 6, 2014, pp. 139-155.
5. CABEZUELO ARENAS, A.L., «Abandono afectivo de los ascendientes. Luces y sombras de esta nueva causa de desheredación.», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº1, 2015, pp. 123-138.
6. CÁMARA LAPUENTE, S., «La sucesión y el derecho sucesorio» en *Curso de Derecho Civil (V) Derecho de Sucesiones*, PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (coord.), MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., y CÁMARA LAPUENTE, S., Colex, Madrid, 2013, pp.27 a 60.
7. CAPILLA RONCERO, F. «Comentario al art. 813 del Código Civil» en *Código Civil Comentado. Volumen II*, 2016, pp. 1- 8.
8. CAPILLA RONCERO, F. «Comentario al art. 820 del Código Civil» en *Código Civil Comentado. Volumen II*, 2016, pp. 1- 7.
9. CARCABA FERNÁNDEZ, M. «Posibilidad en el Derecho Común de atribuir testamentariamente al cónyuge viudo el usufructo universal de los bienes del causante», *Diario La Ley*, vol. 2, 1985.
10. DE PABLO CONTRERAS, P., «Legítimas y mejora: su satisfacción en la sucesión testada» en *Curso de Derecho Civil (V) Derecho de Sucesiones*, PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (coord.), MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO CONTRERAS, P., y CÁMARA LAPUENTE, S., Colex, Madrid, 2013, pp. 295-326.
11. DE PABLO CONTRERAS, P., «Los herederos forzados y su posición jurídica» en *Curso de Derecho Civil (V) Derecho de Sucesiones*, PÉREZ ÁLVAREZ, M.A. (coord.), MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C., DE PABLO

- CONTRERAS, P., y CÁMARA LAPUENTE, S., Colex, Madrid, 2013, pp. 267 – 293.
12. DÍEZ PICAZO, L y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de derecho civil, Vol. IV (Tomo I): Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Tecnos, 2012.
13. FAJARDO FERNÁNDEZ, J. «Sentencia de 17 de enero de 2014. Conflicto entre la cláusula testamentaria que prohíbe impugnar el testamento (cláusula prohibitoria) y derecho de la legítima.», *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 100, 2016, pp. 16 a 46.
14. FERRER PONS, J. «La intangibilidad de la legítima. Aspectos prácticos en la aplicación de la "Cautela Socini"; la renuncia, transacción o pactos sobre la legítima futura.» en *El patrimonio sucesorio: reflexiones para un debate reformista* / coord. por MONJE BALMASEDA, O.; LLEDÓ YAGÜE, F. (dir.), FERRER VANRELL, M.P. (dir.), TORRES LANA, J.A. (dir.), Dykinson, Vol. 1, 2014, pp. 881-912.
15. GOMÁ LANZÓN, F. «Una mirada crítica al sistema de legítimas del Código Civil.», en *Estudios de derecho privado en homenaje a Juan José Rivas Martínez*. Dikinson, 2013, p.555-576.
16. GONZÁLEZ ACEBES, B. «Promoviendo a la mujer en la sucesión de la empresa agraria» *Diario La Ley*, 2015, nº419.
17. LACRUZ BERDEJO J.L, SANCHO REBULLIDA, F. *Derecho de sucesiones II*, Librería Bosh, 2009.
18. LACRUZ BERDEJO, J.L. *Elementos del Derecho civil V, Sucesiones*, 4^a edición, Dykinson, 2009.
19. MARTÍN GARCÍA, M.d.L, «Mediación en las sucesiones mortis causa ¿un instrumento eficaz en la resolución extrajudicial de conflictos?», *Estudios de derecho de sucesiones. LA LEY DIGITAL 431/2015*, 2014.
20. MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M. «Caracterización y alcance de la "Cautela Socini" contenida en el testamento.», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº6. 2014, pp. 157-175.
21. MARTÍNEZ VELENCOSO, L.M., «Doctrina jurisprudencial sobre la prohibición testamentaria del recurso a la intervención judicial en la "cautela socini"», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº888, 2014.

22. Página web:
<http://lema.rae.es/drae2001/srv/search?id=IUqAEUqKHDXX2jefaSiV> Fecha de acceso: 12/02/2019
23. PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., «Alcance y límites de la prohibición testamentaria de que los herederos acudan a la intervención judicial en la cautela socini: comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2014», *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, nº35, 2014, pp. 473-492.
24. RAGEL SÁNCHEZ L.F. «Comentario al artículo 820 del Código Civil. Comentarios al Código Civil Tomo V (Arts. 819 a 1042)» en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.(dir.), 1^a edición. Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 6015 a 7515.
25. RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *La cautela gualdense o socini y el art. 820.3 del Código Civil*, Dykinson, 2000.
26. RAGEL SÁNCHEZ, L.F., «La denegación de entrega del legado de cosa específica propia del testador», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº11, 2015, pp. 151-167.
27. RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Objeto del usufructo. Usufructo, uso y habitación.*, Civitas/Thomson Reuters, 2016.
28. ROMERO COLOMA, A.M., «La admisión de la cautela socini en el derecho sucesorio español», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº858, 2013.
29. ROMERO COLOMA, A.M., «Usufructo universal del cónyuge viudo: su problemática jurídica», *Diario La Ley*, nº 7840, 2012.
30. SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, C., *La partición judicial de la herencia: un análisis del régimen legal y su aplicación judicial.*, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 1-317.
31. SÁNCHEZ SOCÍAS, L., «La constitucionalidad de la cautela socini y sus consecuencias sobre la naturaleza de la legítima», *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, nº59, 2015, pp. 154-157.
32. SERRANO CHAMORRO, M.E. «¿Puede el testador prohibir a sus herederos la intervención judicial en su testamento?», *Actualidad civil*, nº 12, 2017.
33. SIGÜENZA LÓPEZ, J.S., «Los llamados “principios” de la mediación instaurada en España por la Ley 5/2002», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº2, 2018, pp. 183-211.
34. ZUBIAUR IMAZ, L. «Comentario a la Sentencia de 27 de mayo de 2010.» Sucesión testamentaria. Interpretación del testamento. Inaplicabilidad de la

cautela socini ordenada por el testador. Ausencia de oposición de los legitimarios gravados. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº86, 2011, pp. 749-766.

VIII. ANEXOS

1. ANEXO I. Relación de sentencias consultadas.

- STS 9727/1995 de 30 de enero de 1995.
- STS 5644/1999 de 20 de septiembre de 1999.
- STS 4886/2003 de 10 de julio de 2003.
- STS 607/2007 de 15 de junio de 2007
- STS 5980/2009 de 14 de octubre de 2009.
- STS 2529/2010 de 27 de mayo de 2010.
- STS 8159/2011 de 21 de noviembre de 2011.
- STS 624/2012 de 30 de octubre de 2012.
- STS 838/2013 de 10 de junio de 2014.
- STS 3743/2014 de 9 de septiembre de 2014.
- STS 1929/2015 de 21 de abril de 2015.
- STS 1507/2018 de 25 de abril de 2018.
- STS 2854/2018 de 19 de julio de 2018.
- STS 73/2019 de 14 de febrero de 2019.

2. ANEXO II. Relación de resoluciones de la Dirección

General del Registro y del Notariado.

- RDGRN de 14 de diciembre de 2006.
- RDGRN de 11 de diciembre de 2012.
- RDGRN de 4 de septiembre de 2012.
- RDGN de 5 de febrero de 2015.
- RDGN de 22 de junio de 2015.

3. ANEXO II. Ejemplo de cautela socini en testamento.

«Instituye herederos universales por partes iguales a sus antes mencionados hijos..... y a los demás que pudiera tener en el futuro, a los que sustituye vulgarmente, caso de premoriencia o incapacidad, por sus respectivos hijos o descendientes.

Lega a su esposa, Doña.....el usufructo universal y vitalicio de su herencia, con relevación de fianza e inventario y con facultad de tomar por 'si misma posesión de su legado, entendiéndose pagado con él todos los derechos legítimos.

Ordena a sus herederos respeten el presente legado, y si alguno de ellos no estuviera conforme, éste quedará reducido a su legítima estricta, acreciendo su parte a los que lo estuvieren; y si fueran todos los disconformes, lega a su esposa el pleno dominio del tercio de libre disposición sin perjuicio de su cuota legal usufructuaria.»

Fuente: Base de datos La Ley Digital.