La cautela *socini:* revisión crítica de su concepción actual

The socini caution: critical review of its current conception

por

MARÍA TERESA ECHEVARRÍA DE RADA

Catedrática de Derecho civil

Universidad Rey Juan Carlos

RESUMEN: La aplicación de la cautela *socini*, cuando el testador haya prohibido la intervención judicial en su herencia, dependerá del carácter justificado o no de la impugnación promovida por los legitimarios. Las actuaciones de estos dirigidas a combatir el ámbito dispositivo y distributivo del testador incurrirán en la prohibición y darán lugar a la aplicación de la sanción prevista en la cautela *socini*, siempre y cuando la voluntad testamentaria respete la legalidad. El causante no puede eludir por esta vía el cumplimiento de normas de carácter imperativo, de forma que las prohibiciones de litigar cuando los legitimarios impugnen actos realizados en perjuicio de sus legítimas, constituyen limitaciones ilícitas que no deben admitirse, al tratarse de contenidos impugnatorios amparados en el incumplimiento de la ley.

Por otra parte, la cautela *socini* es un mecanismo previsto por el causante para incentivar la aceptación por los legitimarios de gravámenes afectantes a la legítima. Por tanto, en contra del criterio mantenido recientemente por el Tribunal Supremo, en ausencia de legitimarios, si el testador realiza determinadas atribuciones patrimoniales a herederos voluntarios que se hacen depender de la aceptación de ciertas limitaciones, no podría hablarse de una auténtica cautela *socini*, al no existir legítimas que defender.

ABSTRACT: The application of the socini caution, when the testator has prohibited judicial intervention in his inheritance, will depend on the justified or unjustified nature of the contestation promoted by the legitimate successors. The actions of the legitimate succesors directed to combat the disposal and distributive scope of the testator incur that prohibition, giving rise to the application of the sanction foreseen in the Socini caution, as long as the testator's will respects the legality. The causer cannot avoid this way the fulfillment of imperative rules, so that the prohibitions to litigate, when the legitimate successors challenge acts performed to the detriment of their legitimes, are illegal limitations that should not be admitted, since they are contestations based on the breach of law.

On the other hand, socini caution is a mechanism established by the testator to encourage the legitimate successors' acceptance of the charges affecting their legitimes. Therefore, contrary to the criterion recently maintained by the Supreme Court, in the absence of legitimate successors, if the testator makes attributions to voluntary heirs depending on the acceptance of certain limitations, it is not possible to speak about a genuine Socini measure of caution, because there are not legitimes to be defended.

PALABRAS CLAVE: Intangibilidad de la legítima. Cautela *socini*. Usufructo universal del cónyuge viudo.

KEY WORDS: Intangibility of legitime. Socini caution. Universal usufruct of the widowed spouse.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA CAUTELA *SOCINI*: CONCEPTO.—III. REQUISITOS DE LA CAUTELA *SOCINI*.—IV. VALIDEZ DE LA CAUTELA *SOCINI*.—V. PROHIBICIÓN DE SOLICITAR LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA HERENCIA: 1. CONSIDERACIONES PREVIAS. 2. DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA PROHIBICIÓN DE SOLICITAR LA INTERVENCIÓN JUDICIAL.—VI. CAUTELA *SOCINI*, MENORES Y PERSONAS CON CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE: NECESIDAD DE INTERVENCIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—IX. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En nuestro derecho, el testador no goza de libertad absoluta para disponer de sus bienes por vía testamentaria, sino que ha de respetar los

derechos de los legitimarios en caso de que los tenga, como se deduce del artículo 806 del Código civil.

A su vez, conforme al artículo 813 del Código civil, el testador no podrá privar a los legitimarios de la porción que les corresponda, sino en los supuestos expresamente determinados por la ley, «ni tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados».

Una de las notas que caracterizan a la legítima es su intangibilidad, que se manifiesta tanto en el aspecto cuantitativo como en el cualitativo[1]. El legitimario tiene derecho a que se le asigne una determinada cuantía en bienes de la herencia, o una cuota del valor de la herencia, según se configure la legítima como *pars bonorum*, o como *pars valoris* (intangibilidad cuantitativa) y, a su vez, a que se le atribuya la legítima libre de cargas y gravámenes (intangibilidad cualitativa)[2]. El legitimario goza de protección contra las lesiones de tipo cuantitativo y cualitativo, como se infiere de los artículos 815, 817 y 813 del Código civil.

Sin embargo, las legítimas y su intangibilidad operan como normas imperativas asimétricas que impiden al causante su vulneración efectiva, pero no imponen a los beneficiarios la obligación de obtener lo que por legítima les corresponda, sino que cada legitimario tiene la posibilidad de disponer de su legitima, conformándose con recibir menos, nada o diferente de lo que la ley le reserva[3].

En nuestro caso, nos centraremos en el análisis de la intangibilidad cualitativa de la legítima, puesto que la validez de la cautela *socini* se encuentra estrechamente a ella vinculada[4], intangibilidad que se consagra en el artículo 813.2 del Código civil[5] al impedir la imposición de gravámenes sobre la legítima, expresión que ha de entenderse en sentido amplio, comprensiva de las prohibiciones o imposiciones del testador restrictivas del pleno disfrute y disposición de lo asignado en concepto de legítima, y de la interposición de obstáculos que impidan al legitimario averiguar qué bienes componen el caudal hereditario[6].

Lo cierto es que la cautela *socini* carece de regulación en el Código civil[7], a pesar de que el Tribunal Supremo se refiera en alguna ocasión al marco legal de su configuración[8], ausencia que, en alguna ocasión, se ha justificado en la dificultad legislativa que conllevaría establecer un fuerte sistema de legítimas para desembocar finalmente en la admisibilidad de cláusulas que, en conclusión, «reducen en términos prácticos el sistema legitimario a agua de borrajas»[9].

Por otra parte, en cuanto a la alusión que realiza el artículo 813.2 del Código civil al usufructo vidual como excepción a la intangibilidad cualitativa de la legítima, se refiere, según la doctrina mayoritaria, únicamente al

usufructo legal del cónyuge supérstite regulado en los artículos 834 a 840 del Código civil, y no al usufructo universal vidual dispuesto por el testador[10]. En algún caso, aun manteniéndose que la excepción relativa al usufructo del viudo contenida en el artículo 813.2 del Código civil se refiere a la cuota usufructuaría legal, se critica la redacción del precepto, puesto que si este alude a lo que no puede hacer el testador, tal salvedad es improcedente, y debía haberse referido a los supuestos en que el testador tiene libertad para imponer los gravámenes sobre la legítima[11].

Desde otra perspectiva, se mantiene que, como regla general, el artículo 813 del Código civil prohíbe gravar las legítimas al testador y, por tanto, al introducir una excepción a esa regla, se refiere a gravámenes de igual tipo y origen que los prohibidos y no al usufructo legal, que es impuesto por el legislador. Sería un contrasentido establecer una prohibición que afecta al testador y, a continuación, una excepción que no se refiera a él, sino a un gravamen de origen legal. Además, se añade, el artículo 813 del Código civil solo se refiere a la legítima estricta y no a la mejora, como se deduce de su primer apartado, puesto que no se puede considerar desheredado a quien se le priva de la mejora, tercio que admite gravámenes a favor de descendientes (arts. 824 y 782 CC). Por tanto, si el artículo 813 del Código civil se refiere solo a la legítima estricta, su apartado segundo no puede referirse a un usufructo que no recae sobre ella[12]. De hecho, en la actualidad, el artículo 813.2 del Código civil contempla otra excepción a la regla general prohibitiva al remitirse al artículo 808, que actualmente admite la posibilidad que tiene el testador de gravar precisamente la legítima estricta mediante sustitución fideicomisaria en caso de descendientes con capacidad modificada judicialmente. Se trata de un excepción de naturaleza voluntaria, naturaleza que, por las razones expuestas, entendemos predicable de la primera salvedad mencionada en el artículo 813.2 del Código civil.

En apoyo de esta segunda interpretación, procede traer a colación la RDGRN de 18 de junio de 2013[13] que, si bien tiene por objeto resolver la suspensión de la inscripción de una escritura de aceptación y partición de herencia otorgada por el contador partidor y la viuda legataria, que actúa, además, en representación de su hija menor de edad, en lo que aquí interesa, manifiesta lo siguiente: «El Código civil, ante la presencia de un legado usufructuario que, además de comprender los tercios de libre disposición y mejora, se proyecta sobre el tercio de legítima estricta, no reacciona declarándolo ineficaz por atentar contra la intangibilidad de las legítimas de otros legitimarios; antes al contrario dicha situación *se resuelve admitiendo en principio la posibilidad de dicho gravamen (art. 813.2 CC)*[14]*,* si bien reconociendo a los legitimarios afectados una vía de reacción, la que prevé el artículo 820.3 del mismo cuerpo legal».

A su vez, interesa destacar que la Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil, ha optado por esta solución, puesto que, al regular la intangibilidad cualitativa de la legítima, contempla en el artículo 467-19 la «*Interdicción de gravámenes»* en los siguientes términos: 1. «El causante no puede imponer sobre la legítima gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie. Tampoco puede imponer sobre la mejora otros gravámenes que los que establezca en favor de los legitimarios o sus descendientes. 2. El gravamen que vulnere esta prohibición se tiene por no puesto en lo que la conculque. Pero si por su naturaleza no es posible dejarlo sin efecto parcialmente, se tiene por no puesto en su totalidad. 3. *No comporta vulneración de la regla de intangibilidad de la legítima el legado de usufructo recayente sobre ella cuyo beneficiario sea el cónyuge viudo*, o un hijo o descendiente con discapacidad o cuya capacidad esté modificada en el momento de la apertura de la sucesión»[15].

En la exposición de motivos de la Propuesta citada se justifica la excepción relativa al usufructo voluntario otorgado al cónyuge viudo, precisamente, en la frecuencia práctica con la que «en los testamentos sometidos al Código el otorgante casado adjudica al cónyuge supérstite, a título de legado, el usufructo universal de toda la herencia (echando mano de la cautela *socini*)»[16].

II. LA CAUTELA *SOCINI*: CONCEPTO

La cautela *socini*[17] es la «previsión testamentaria que concede al legitimario la posibilidad de elegir entre aceptar la disposición del testador por la que le concede más de lo que le corresponde por legítima pero sujetando esta a un gravamen, o limitarse a percibir lo que le corresponde en virtud de la legítima y renunciando al exceso»[18].

En el ámbito jurisprudencial, la STS de 10 de julio de 2003[19] se refiere a la cautela en los siguientes términos: «consiste en la opción concedida por el testador al legitimario para elegir entre dos alternativas, o tolerar el usufructo universal del cónyuge viudo, o atribuirle el pleno dominio de todo el ejercicio de la herencia denominado de libre disposición, a más de los derechos que la ley concede al cónyuge supérstite como legitimario».

Es cierto que el supuesto más habitual de establecimiento de la claúsula testamentaria en cuestión es aquel en el que se deja el usufructo universal y vitalicio de la herencia al cónyuge viudo, y se atribuye a los hijos la nuda propiedad, pues, como se destaca en el ámbito notarial, «Quien testa en estado civil de casado y con hijos, salvo excepciones muy contadas, tiene un propósito firme: que su testamento proporcione la máxima seguridad al cónyuge viudo en especial respecto a su domicilio, y la mayor estabilidad y cohesión posible a la familia»[20].

Sin embargo, el recurso a la cautela *socini* no puede circunscribirse exclusivamente a la hipótesis de que se deje el usufructo universal al cónyuge viudo[21], sino que puede extenderse a otros casos en los que el testador contempla determinadas ventajas a favor de los legitimarios que acepten el gravamen de sus legítimas[22]. Así sucede en el supuesto contemplado en la STS de 5 de diciembre de 2018[23], en el que la testadora había impuesto a cada uno de sus hijos la carga de transmitirse entre sí la cuota indivisa que correspondía a cada uno de ellos sobre determinados bienes en idénticos términos para ambos, sancionando a aquel de los herederos disidente con la reducción de la institución a la legítima estricta. En este caso, la testadora, con la única finalidad de evitar controversias judiciales entre sus hijos, complementó la regulación de su sucesión en la forma que estimó más adecuada para el cumplimiento de su voluntad.

A la vista de lo expuesto, se considera preferible la definición ofrecida por la STS de 27 de mayo de 2010[24], que contempla la cautela *socini* como aquella «que puede emplear el testador para, dejando al legitimario una mayor parte de la que le corresponde en la herencia por legítima estricta, gravar lo así dejado con ciertas cargas o limitaciones, advirtiendo que si el legitimario no acepta expresamente dichas cargas o limitaciones perderá lo que se le ha dejado por encima de la legítima estricta».

No obstante, en el presente estudio nos centraremos en el caso más frecuente en la práctica notarial, que es, sin duda, el del usufructo universal dispuesto por el causante en favor del cónyuge viudo.

III. REQUISITOS DE LA CAUTELA *SOCINI*

Para la validez de la cautela *socini* deben concurrir los siguientes presupuestos:

a) Imposición expresa de los gravámenes sobre la legítima.

En determinados casos, así, si el gravamen consiste en el usufructo univesal, no es necesaria tal imposición, porque la legítima queda gravada necesariamente[25].

b) La atribución al legitimario de un *quantum* superior de lo que le corresponde en concepto de legítima.

En otro caso, se dice, la cláusula de opción sería inválida y la sucesión se defeririía conforme a las otras disposiciones válidas o a la ley. En particular, VALLET DE GOYTISOLO[26] entiende que para que la cláusula sea válida es necesario que ofrezca una alternativa a la legítima corta pura de mayor *quantum* que el legalmente reconocido como derecho al heredero forzoso.

Sin embargo, desde otra perspectiva, se ha sostenido que si se ofreciera menos de la legítima estricta y, a su vez, esta última para el caso en que no

se acepte la limitación, la cláusula sería también válida, porque el testador no está obligado a ofrecer una porción a los legitimarios, sino a respetar su legítima. Por tanto, la disposición será válida si la legítima se asigna en una de las alternativas y en la otra se ofrece otra cantidad, que, incluso, puede ser menor[27].

A nuestro juicio, el testador, en efecto, puede ofrecer al legitimario un *quantum* menor siempre que, a través de la otra disyuntiva, aquel respete el deber legal de no menoscabar la legítima. Ahora bien, en este caso, al no existir compensación alguna, desaparecería el incentivo que pudiera inclinar al legitimario a aceptar la merma cualitativa de la legítima, sin que ello impida que este acepte la voluntad del testador aún en esas circunstancias. No obstante, lo lógico es esperar que el testador haga que la otra vocación represente realmente una ganancia para el legitimario, esto es, un mayor *quantum* en perjuicio del *quale,* que pueda motivar la admisión del gravamen.

c) El carácter expreso de la facultad de elegir que se ofrece al legitimario.

La sola imposición de gravámenes sobre la legítima y, por tanto, sin que conste la posibilidad de optar en favor del legitimario, no puede identificarse con la cautela, que ha de resaltar la voluntad expresa del testador «sin que pueda sobreentenderse»[28]. Así lo afirma la SAP de Asturias de 14 de mayo de 2001[29], al declarar que «No estamos en este caso en presencia de la cautela *socini* desde el momento en que la misma reconoce al heredero legitimario una opción entre recibir su legítima corta o bien renunciar a tal derecho a cambio de recibir unas ventajas patrimoniales superiores*, y en el testamento no se establece la citada opción por el testador*»[30].

En esta dirección, con algún matiz, se habla de la necesidad de «expresar claramente» la absoluta incompatibilidad de reclamar la legítima y recibir lo atribuido *ultra legitiman*, pues, en otro caso, el legitimario podría contrariar la voluntad del testador por vía del artículo 820.3 del Código civil. Esa expresión clara, se añade, puede consistir en hacer constar literalmente la citada incompatibilidad o en que se deduzca del testamento claramente que el testador quería esa incompatibilidad. No obstante, en última instancia, se aconseja optar por una redacción de la cláusula que no plantee duda alguna y que no obligue a realizar intepretación extra del testamento[31].

Frente a la posición anterior, cierto sector doctrinal admite la cautela *socini* tácita, puesto que, aun en ausencia de concesión expresa de opción, siempre que el testador otorga al legitimario más de lo que le corresponde por legítima, y, a la vez, impone un gravamen sobre la misma, le está ofreciendo tácitamente la opción que caracteriza a la cautela *socini*, al poder elegir la posibilidad que le ofrece el artículo 813.2 del Código civil: limitarse a recibir la legítima libre de gravámenes[32].

En esta línea de la admisión de la cautela *socini* tácita se invoca el artículo 820.3 del Código civil, que concede a los legitimarios, directamente y

en ausencia de previsión alguna por parte del testador, el derecho de opción entre cumplir la disposición testamentaria o entregar al legatario la porción libre en pleno dominio[33].

El propio Tribunal Supremo ha mantenido en alguna ocasión esta solución. Así, la STS de 10 de julio de 2003[34] contempla un supuesto en el que el testador otorga a su cónyuge el usufructo universal sobre todos los bienes de la herencia, y establece que, en caso de que no fuese aceptada dicha fórmula por cualquiera de sus hijos y herederos, «se trueca en la plena propiedad del tercio de libre disposición». Para el Alto Tribunal, «ello implica la denominada cautela sociniana o gualdense, consistente en la opción concedida por el testador al legitimario para elegir entre dos alternativas, o tolerar el usufructo universal del cónyuge viudo, o atribuirle el pleno dominio de todo el tercio de la herencia denominado de libre disposición, a más de los derechos que la ley concede al cónyuge supérstite como legitimario».

A continuación, el Tribunal Supremo trae a colación la Sentencia de la Sala de 3 de diciembre de 2001 que resolvió un supuesto en el que el testador había legado a su esposa el usufructo universal de su herencia y había instituído a sus hijos herederos en la nuda propiedad de la misma herencia, pero no había contemplado expresamente la opción. El Tribunal Supremo señala que «la cláusula estableciendo el usufructo universal es válida, y que el legitimario afectado tiene derecho a hacer la opción del artículo 820.3, pues si bien tal facultad no se la concede expresamente el testador, el precepto últimamente citado se la otorga, no condiciona su aplicación y eficacia a que el causante lo consienta». La citada sentencia de 2001 añade que «en testamentos notariales abiertos, en los que se dan consejos y advertencias sobre la legalidad por un profesional tan cualificado como el notario autorizante, es razonable pensar que el testador no ha querido imponer un gravámen sobre la legítima como el usufructo manifiestamente ilegal, sino dejar a la voluntad del legitimario gravado, cumplir la disposición a cambio de una mayor participación en la herencia, o bien recibir su legítima con arreglo a la ley sin esa participación, lo que equivale a no cumplirla».

Lo cierto es que con esta afirmación, el Tribunal Supremo interpreta que la opción que recoge el artículo 820.3 del Código civil es una suerte de presunción legal de la voluntad del testador que, desde luego, no quiere imponer un gravamen ilegal y, así, cuando grava la legítima y ofrece al legitimario un mayor *quantum* de lo que le corresponde, aunque no lo manifieste expresamente, sitúa a este ante la disyuntiva de aceptar ese *quantum* superior o de recibir su legítima estricta[35].

Posteriormente, también la STS de 27 de mayo de 2010[36] afirma que el artículo 820.3 del Código civil recoge la cautela *socini*: «La llamada comúnmente cláusula o cautela *socini* así como Gualdense [….] es la que puede emplear el testador para, dejando al legitimario una mayor parte

de la que le corresponde en la herencia por legítima estricta, gravar lo así dejado con ciertas cargas o limitaciones, advirtiendo que si el legitimario no acepta expresamente dichas cargas o limitaciones, perderá lo que se le ha dejado por encima de la legítima estricta. *En este sentido, se incorporó al Código civil,* y así el apartado 3.º del artículo 820 dispone que "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 podía disponer libremente el testador", lo que supone la reducción de su porción hereditaria a la legítima». En la misma dirección, la STS de 21 de noviembre de 2011[37] afirma que el artículo 820.3 del Código civil es el único que contempla la cautela *socini*.

A nuestro juicio, una cosa es invocar el artículo 820.3 del Código civil como posible argumento a favor de la admisibilidad de la cautela al ser la mecánica similar[38], en cuanto en ambos el legitimario elige entre soportar la legítima gravada o no, y otra muy distinta es que el precepto citado contemple la cautela *socini* tácita[39]. No creemos que el artículo 820.3 recoja una suerte de presunción legal de la voluntad del testador, que no pretende infringir la ley, como parece entender el Tribunal Supremo, sino que el citado precepto contempla una opción legal, impuesta *ex lege*, que, por tanto, se aparta de la voluntad del testador.

En esta dirección, precisamente, se manifiesta la SAP de Las Palmas de 9 marzo de 2000[40], que contempla un supuesto en el que el testador instituye heredero a su hijo, a la vez que lega a su cónyuge el usufructo universal vitalicio de su herencia, con relevación de inventario y fianza, disposición que, con la prevención de lo dispuesto en el artículo 820 último párrafo del Código civil, ruega a los legitimarios respeten. La cuestión que se plantea entre las partes es si tal disposición testamentaria contiene una de las modalidades de lo que por la doctrina se ha venido denominando cautela *socini*. La Audiencia mantiene que tal controversia, como igualmente señala el Juez *«a quo»,* «carece de fundamento, puesto que en el testamento no se recoge cautela alguna, limitándose a rogar a los legitimarios que respeten la constitución del usufructo, todo ello y precisamente con la prevención de lo dispuesto en el artículo 820-3.º del Código civil»[41].

Lo cierto es que en la cautela *socini* existen dos vocaciones alternativas, y, en cambio, el artículo 820.3 del Código civil solo contempla una vocación hereditaria, a la que se añade la facultad que la Ley concede al legitimario para entregar al viudo el tercio de libre disposición en plena propiedad, de forma que la posición de los legitimarios resulta más ventajosa que cuando opera la cautela *socini*. Mediante esta, si los legitimarios no cumplen la voluntad de testador, es decir, no admiten el gravamen establecido, solo tendrán derecho a percibir lo que por legítima estricta les corresponda,

mientras que en el contexto del artículo 820. 3° del Código civil, aquellos que no deseen soportar el gravamen pueden entregar al viudo el tercio de libre disposición, accediendo a la legítima completa[42].

Por tanto, en el artículo 820.3 del Código civil es la ley la que otorga la opción, mientras el origen de la cautela se encuentra en la voluntad del causante; el artículo 820 se aplica solo a los casos de determinados legados gravosos para las legítimas, mientras que la cautela comprende un mayor grado de cobertura de gravámenes o limitaciones; en el artículo 820, el legitimario que no respete los deseos del causante no se arriesga a recibir la legítima estricta, al no estar en juego la atribución de la mejora, a diferencia de lo que es habitual en la cautela[43].

Finalmente, entendemos que mediante el artículo 820.3 del Código civil, el legislador se propone proteger el derecho de los legitimarios frente a una disposición del testador que prescinde de los condicionamienos legales en perjuicio del aquellos[44]; en cambio, mediante la cautela *socini* el testador pretende fortalecer la situación del cónyuge viudo, al garantizarle, si su voluntad se acepta, el disfrute de un patrimonio. Ahora bien, la opción que concede el testador obedece a la necesidad de salvar la intangibilidad cualitativa de la legítima, es decir, por imperativo legal, pero es evidente que no quiere uno de los términos de la opción[45].

d) La aceptación por el legitimario de la atribución testamentaria con los gravámenes impuestos[46].

Debe matizarse que, en realidad, no es un requisito para la eficacia de la cautela, sino de la efectividad del gravamen impuesto, porque esta operará si se cumplen los requisitos anteriores, de forma que si el legitimario acepta el gravamen, este tiene lugar y, en caso contrario, la cláusula será eficaz, puesto que solo va a recibir los derechos que la ley le atribuye por su condición de legitimario: la legítima estricta[47].

e) El sujeto protegido es siempre un legitimario.

Como sabemos, mediante la intangibilidad cualitativa de la legítima se pretende proteger al legitimario frente a un gravamen que recae sobre la porción legitimaria[48]. A su vez, la cautela *socini* es un mecanismo previsto por el causante para incentivar la aceptación por los legitimarios de esos gravámenes precisamente afectantes a la legítima.

Por tanto, en ausencia de legitimarios, si el testador realiza unas determinadas atribuciones patrimoniales a herederos voluntarios que se hacen depender de la aceptación de ciertos gravámenes o limitaciones, no se trataría de una auténtica cautela *socini* al no existir legítimas que defender[49]. No podemos olvidar la configuración de la citada cautela ofrecida por FUENMAYOR como «procedimiento que permite al testador, con una formula determinada, pasar por encima de la prohibición de imponer gravámenes sobre la legítima», o como «un remedio de los juristas […]

de escapar a las consecuencias demasiado rigurosas de los principios de Derecho»[50, 51].

No obstante, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 3 de septiembre de 2014[52], aprovecha un supuesto en el que no hay legitimarios para establecer la jurisprudencia sobre la «cautela *socini*» que, por tanto, ha pasado a ser para el Alto Tribunal la forma de denominar todo tipo de sanciones testamentarias ligadas al ejercicio de cualquier acción dirigida a combatir el ámbito dispositivo ordenado por el causante, haya o no herederos forzosos, lo que supone ampliar el concepto de esta figura más allá del estricto ámbito de su diseño tradicional, a costa, como se ha destacado muy acertadamente, de desconocer su historia[53].

Con posterioridad, la STS de 19 de julio de 2018 insiste en esa línea jurisprudencial en un supuesto en el que el testador, sin descendientes, tras la ordenación de diversos legados y el nombramiento de herederos universales en el remanente de sus bienes, incluyó la prohibición de la intervención judicial en su herencia con la consecuencia de privación de cualquier derecho legado. El Tribunal Supremo declara que: «La vulneración de la prohibición de intervenir judicialmente la herencia comporta, necesariamente, la sanción prevista por el testador para dicho supuesto en la cláusula quinta, es decir, «la privación de cualquier derecho que el testador le haya legado», privación o pérdida de los derechos hereditarios que en el presente caso es plena, dado que el testador carecía de herederos forzosos o legitimarios». De esta forma, se ha sostenido la consolidación del llamado «concepto amplio» de la cautela *socini*[54].

Sin embargo, no podemos compartir la idea de que la cautela *socini* pueda identificarse en todo supuesto de prohibición por el testador de intervención judicial en la herencia bajo sanción de pérdida de derechos, sino que solo estaremos ante una cláusula de esta naturaleza cuando en la sucesión de que se trate haya legitimarios. En otro caso, se tratará de una cláusula prohibitiva cuyo incumplimiento podrá suponer la pérdida de todo derecho establecido en favor del disidente, consecuencia que, desde luego, no es posible predicar de la auténtica cautela *socini*, atendidos sus antecedentes históricos, concepto y requisitos.

IV. VALIDEZ DE LA CAUTELA *SOCINI*

La cláusula testamentaria analizada goza de plena validez, como confirma la última doctrina que sienta el Tribunal Supremo respecto a su aplicación en relación con la intangibilidad de la legítima[55], así como la DGRN en numerosas resoluciones[56].

Por su parte, la doctrina mayoritaria también admite su validez, aunque, en ocasiones, fundamentalmente en el pasado, algún sector se haya mani-

festado en contra. El principal argumento esgrimido en esta línea es que la imposición de un gravamen sobre la legítima entraña una vulneración de su intangibilidad proclamada por el artículo 813 del Código civil, lo que determina la ilicitud de la cautela *socini*[57]. Para esta posición, la cláusula se tendrá por no puesta, de forma que el legitimario podrá reclamar su legítima pura y lo que el testador le haya dejado de más, es decir, el exceso de la atribución[58].

Sin embargo, la propia articulación de la cautela mediante dos vocaciones, de las que una supone el ofrecimiento de la legítima libre y la otra un gravamen sobre la porción legitimaria, junto a una mayor cuota de la que le corresponde estrictamente, supone el respeto del derecho del legitimario, que puede optar por cualquiera de ellas, y si lo hace por la segunda es libre de hacerlo, porque «quien puede lo más (renunciar a la legítima), puede lo menos (admitirla con gravamen), una vez se halla deferida la legítima»[59].

También se ha sostenido que el empleo de la cautela *socini* encierra un fraude de ley, al perseguir lo que veta el artículo 813.2 del Código civil. Mediante la cautela, se frustra la finalidad de los preceptos protectores de la legítima, por lo que no puede admitirse que algo que está prohibido de modo directo, se permita de modo indirecto, «dando un rodeo»[60].

Frente a esta tesis se argumenta que, «si es lícito instituir al hijo solo en su legítima y disponer libremente del resto, también lo será ofrecerle la elección entre esta posibilidad y la de recibir una mayor porción con un gravamen afectante a la legítima, si lo prefiere; pues lo que directamente puede hacerse, tanto más puede conseguirlo indirectamente»[61].

Otras objeciones se fundamentan en que la cautela funciona como un castigo que perturba la libre decisión del legitimario, pues si opta por lo que por legítima le corresponda y rechaza el gravamen impuesto por el testador, resulta sancionado[62]. Sin embargo, la cautela *socini* supone un mayor beneficio o una ventaja para el legitimario, que recibirá más de lo que le corresponde legalmente. Si opta por recibir su legítima estricta, no puede calificarse de sanción o pena no atribuirle aquella parte de la herencia a la que no tiene derecho[63]. La validez de la cautela debe mantenerse con independencia de las expresiones empleadas para formularla[64].

Lo cierto es que la doctrina mayoritaria y el Tribunal Supremo admiten la validez de la cautela *socini*, lo que no obsta, como veremos, para que en determinados casos pueda devenir ilícita[65].

En particular, la STS de 17 de enero de 2014[66] ha supuesto un respaldo rotundo y definitivo[67] a la admisión testamentaria de la cautela *socini*. En ella, el Tribunal Supremo realiza, conforme a la última doctrina de la Sala, una previa labor de interpretación sistemática de la configuración de las legítimas en un doble plano. Por un lado, la legítima se articula como un límite a la libertad del testador. Por otro, la legítima representa un derecho

subjetivo del legitimario, de modo que este puede ejercitar todas las acciones en defensa de la misma, y, por lo tanto, en ese plano, servirse del auxilio de la autoridad judicial.

A juicio del Tribunal Supremo, la posible validez conceptual de la cautela *socini* en relación con el contenido dispositivo del testamento queda residenciada en el primer plano. En este ámbito, «la respuesta debe ser favorable a la admisión testamentaria de la cautela *socini*». Para el Alto Tribunal, no constituye un fraude de ley, puesto que desempeña su papel en una sucesión abierta y, «por lo tanto, ya diferida, concediendo al legitimario un derecho de opción o facultad alternativa, que, sujeta a su libre decisión, puede ejercitar en uno u otro sentido conforme a sus legítimos intereses».

Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina se ha cuestionado la validez de la cautela *socini* cuando se aplica a la mejora, de forma que el legitimario que no admita el gravamen sobre su legítima resulte privado de su participación en aquel tercio. Así, se mantiene que «esta condición puesta a la atribución del tercio de mejora, es siempre ilícita, pues su ilicitud no depende de si se asigna o no algo más (también gravado) con cargo al tercio libre, no de si el valor de lo atribuido, descontado el gravamen, es superior o inferior a la legítima larga o la corta, sino del hecho de que el testador coacciona a todos y cada uno de los legitimarios con la perspectiva de reducirles a la legítima corta a fin de conseguir de todos, colectivamente, una concesión que, acaso individualmente no harían»[68].

En particular, VALLET DE GOYTISOLO estima que el problema radica en el hecho de que el tercio de mejora no puede ser objeto de gravamen ni de condición si no es a favor de los descendientes del testador (art. 824 CC). Al atribuirse la mejora a favor del hijo o hijos que acepten el usufructo universal, la entidad global descendiente sufre colectivamente una condición que favorece a un no legitimario. Frente al interrogante de si ello es posible, a juicio del autor, han de distinguirse dos supuestos, de forma que la respuesta será negativa cuando el tercio de libre disposición quede fuera de la acción de la cautela (así, si el tercio de libre disposición ha sido atribuido, v. gr., al cónyuge viudo en pleno dominio), «pues da lugar al expresado gravamen global de haber de sufrir los hijos en su conjunto la condición puesta a su atribución. Gravamen colectivo que no tiene contrapartida posible alguna, para la entidad global descendiente, en el tercio de libre disposición». En cambio, procede la respuesta afirmativa cuando el tercio de libre disposición entre en el juego de la cautela junto al de mejora, «puesto que el condicionamiento global que, en este, sufre la entidad global hijos puede estimarse compensada con la posibilidad de recibir parte del tercio de libre disposición. La opción ya no les ofrece, como compensación, lo debido [a los descendientes] sometidos a condición, sino esto y, además, la parte libremente disponible incluso a favor de extraños. Se reúne, pues, uno de los requisitos

de las genuinas cautelas: ofrecer, a cambio de lo debido con su *quale* y su *quantum* estrictos, un mayor *quantum* con gravamen en el *quale»*[69].

En contra de esta opinión, puede objetarse que el testador goza de libertad para distribuir la mejora entre sus descendientes como él desee, a partes iguales o desiguales, o puede dejar el tercio de mejora solo a uno de los hijos, sin que los demás tengan derecho a ella. Por tanto, si el testador puede privar a algunos de los descendientes de la participación en la mejora simplemente porque así lo desea, con mayor razón podrá condicionar esa participación a que acepten el gravamen de que se trate. Además, el artículo 824 del Código civil permite imponer gravámenes sobre la mejora en favor de los legitimarios o sus descendientes, condición que reúne el cónyuge al ser legitimario y al que, a su vez, el artículo 834 le atribuye el usfructo del tercio de mejora si concurre a la herencia con hijos o descendientes[70].

V. PROHIBICIÓN DE SOLICITAR LA INTERVENCIÓN JUDICIAL EN LA HERENCIA

1. Consideraciones previas

A través de la cautela *socini* el testador puede perseguir determinados fines lícitos respecto de su sucesión, entre los que suelen ser frecuentes extender el usufructo vidual a toda la herencia, establecer prohibiciones de enajenar lo que se recibe por legítima, contemplar ciertas formas de explotación de los bienes que integran el caudal relicto, y prohibir la intervención judicial o la partición judicial del caudal relicto.

Aunque alguna posición mantiene que las cláusulas prohibitorias destinadas a impedir la impugnación del testamento no pueden considerarse socinianas[71], en general, la doctrina se muestra favorable a su inclusión en el concepto amplio de cautela *socini*[72].

Por su parte, el artículo 675. 2 del Código civil declara que «el testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley». Por tanto, en principio, la prohibición de impugnación judicial de las disposiciones testamentarias articulada mediante la cautela *socini* es válida, pero el causante no puede eludir por esta vía el cumplimiento de normas de carácter imperativo.

En cuanto a los criterios a seguir para determinar cuándo a pesar de la cláusula prohibitoria es lícita la impugnación, tradicionalmente se han venido señalando los siguientes:

— La impugnación es lícita cuando el legitimario carece de otro modo para averiguar la cuantía de su cuota y comprobar así si se ha defraudado su legítima[73].

— La validez o invalidez de este tipo de previsiones depende de que el reclamante haya visto o no rechazada su impugnación, de forma que no se aplicará la privación de lo que se le haya dejado en el testamento, salvo su légitima estricta, si su reclamación se ha estimado fundada[74].

— La disposición del testador en esos casos —cláusulas de no intervención judicial con previsión de ciertas sanciones para caso de incumplimiento— será eficaz cuando esta sea razonable y el impugnante actúe sin ningún fundamento[75].

Por su parte, el Tribunal Supremo, en sus últimas sentencias, además de pronunciarse de forma definitiva sobre la validez de la «cautela *socini*», como ya indicamos, se ha ocupado de determinar «cuál» ha de ser el verdadero alcance de las prohibiciones de solicitar la intervención judicial que, con cierta frecuencia, introduce el testador para asegurarse de que su voluntad será respetada por sus sucesores.

En particular, la STS de 17 de enero de 2014[76] apuesta por la validez de las prohibiciones insertadas en la cautela, si bien concede que no toda impugnación judicial deberá llevar aparejada la sanción de reducir a la legítima estricta la participación del legitimario actor. El Alto Tribunal distingue dos tipos de impugnaciones:

a) Las «que se dirigen a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador», que son las que «incurren frontalmente en la prohibición y desencadenan la atribución de la legítima estricta, como sanción testamentaria».

b) Las «que no traigan causa de este fundamento y se dirijan a denunciar irregularidades, propiamente dichas, del proceso de ejecución testamentaria, tales como la omisión de bienes hereditarios, la adjudicación de bienes, sin la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales como, en su caso, la inclusión de bienes ajenos a la herencia diferida, entre otras», que «escapan de la sanción prevista en la medida en que el testador, por ser contrarias a la norma, no puede imbricarlas, ya de forma genérica o particular, en la prohibición testamentaria que acompaña a la cautela y, por tanto, en la correspondiente sanción».

En esta dirección, recientemente, la STS de 25 de abril de 2018[77], tras subrayar que queda fuera de la casación el debate sobre la validez de la cláusula testamentaria en virtud de la cual el heredero que fuera promotor de la intervención judicial vería reducidos sus derechos sucesorios a la legítima estricta, por no ser objeto del recurso, se refiere, no obstante, al Fallo de la Audiencia, que «de acuerdo con la interpretación de la doctrina de la Sala Primera, declaró su validez y declaró igualmente que no operaba

para las nulidades solicitadas por la demandante, *al no combatir el ámbito dispositivo de la causante*»[78].

2. Doctrina del Tribunal Supremo sobre la prohibición de solicitar la intervención judicial

La admisión de la validez de la cautela *socini* no impide que esta resulte ineficaz en determinados casos en los que se haya limitado o prohibido a los legitimarios solicitar la intervención judicial bajo la consecuencia, en caso de inobservancia de la prohibición, de la reducción de sus derechos sucesorios a su porción en el tercio de legítima estricta.

Entre los supuestos de intervención judicial que no se consideran por el Tribunal Supremo violación de la prohibición impuesta en la cautela *socini*, se encuentran aquellos en los que se ha realizado la adjudicación de bienes por el testador sin haberse practicado la previa liquidación de la sociedad de gananciales[79].

Así, la STS de 12 de diciembre de 1959[80], en un caso en el que el testador había dispuesto de los bienes que en su día fueron gananciales sin contar con la intervención de los herederos del cónyuge premuerto, prohibía la intervención judicial en su testamentaría, y disponía que los herederos insumisos vieran reducida su participación en la herencia a la legítima estricta, mantuvo que «la condición impuesta a los herederos, de que habían de aceptarla so pena de perder lo que en los tercios de mejora y libre disposición les corresponde, ha sido acertadamente calificada por el Tribunal *"a quo",* como contraria a las leyes, y ello, porque, si toda condición es, en definitiva, solo medio para la consecución de un fin, necesariamente ha de verse influenciada, imprimiéndole carácter, por una doble circunstancia, la de la licitud sustancial del acto u omisión de aquella que en sí consistía, y por la del designio o propósito que con su cumplimiento pretenda conseguir quien la impone, de tal suerte que tanto si lo primero es contrario a derecho, como si la finalidad perseguida en hacer posible lo que la ley no permite realizar, es evidente que la condición que se dirija a tan arbitrario fin habrá de reputarse contraria a derecho, y por ello, como no puesta ni de posible perjuicio de quienes, al no poder obtener tal declaración de ilicitud que dejase sin efecto cuanto sobre bienes de su exclusiva pertenencia, como procedente de la herencia de su padre se dispuso, sino recurriendo a los Tribunales de Justicia, no pueden ser sancionados por utilizar el único medio adecuado para el logro de su justa pretensión».

En el mismo sentido se pronuncia la STS de 3 de marzo de 1980[81], al considerar que «la condición impuesta por la testadora de respetar una partición en la que se dispone como de bienes propios de aquellos que ya

corresponden a los herederos como causahabientes de su padre es contraria a la ley, suponiendo una verdadera coacción para los herederos y la partición así efectuada es nula con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1414 según el cual el testador no puede disponer en testamento más que de su mitad de gananciales y no habiéndose liquidado la sociedad conyugal es evidente que la testadora dispuso de aquellos que no le pertenecían».

Posteriormente, la STS de 8 de junio de 1999[82], en un supuesto similar, desestima el recurso de casación, al mantener que: «la decisión de la Audiencia ha seguido la reiterada línea jurisprudencial en esta materia, amén de que, como la voluntad del causante constituye la regla principal de la sucesión testamentaria, la cuestión relativa a la prohibición de la intervención judicial en los espacios de la partición y distribución de bienes hereditarios, cuando dichos actos son efectuados por el testador o se atribuyen al contador-partidor, se admite, en general como válida en la doctrina científica, pero si la partición adoleciera de algún vicio de nulidad o lesionase derechos de los legitimarios, puede ser impugnada, pues lo contrario conculcaría el ordenamiento sucesorio, como ocurre en este caso, donde obra acreditado la falta de la liquidación de la sociedad de gananciales y, sin embargo, los bienes de la misma se han incorporado a la partición efectuada».

Asimismo, el Tribunal Supremo ha estimado que la prohibición del recurso a la intervención judicial tampoco produce efectos cuando el motivo de la impugnación obedece al incumplimiento por los albaceas de la obligación de partir la herencia en plazo. Así, la STS de 20 de septiembre de 1994[83] no aplica la sanción prevista, la reducción de los derechos sucesorios a su porción en el tercio de legítima estricta a los herederos promotores de la intervención judicial, al haberse visto estos obligados a tal actuación por el incumplimiento por parte de los albaceas de su función de llevar a cabo la partición mientras estuvieron en el ejercicio de su cargo.

Por su parte, la STS de 6 de mayo de 2013[84] se pronuncia sobre la declaración de nulidad de un cuaderno particional cuya realización se había encomendado a un contador-partidor, designado a tal efecto por los cónyuges en sus respectivas testamentarias, con amplias facultades y prórroga del plazo legal, prohibiéndose la intervención judicial de las mismas, so pena de quedar reducida la participación en la herencia a la legítima estricta. En el supuesto debatido, la nulidad del cuaderno particional no se deriva del transcurso del plazo legal establecido, incluida su prórroga, sino de la falta de intervención del contador en su redacción al tratarse de un cargo personalísimo e indelegable, salvo disposición contraria del testador, que está sujeto, como deber jurídico, a la responsabilidad derivada por los perjuicios que pudiera ocasionar su ejercicio de forma dolosa o negligente.

Igualmente, la cláusula testamentaria que limita la intervención judicial tampoco puede impedir que se inste la rescisión por lesión de la partición

realizada por el contador partidor, si este no se ajusta a los términos del testamento. En el supuesto contemplado por la STS de 6 de abril de 2009[85], el testador había legado el usufructo de toda la herencia a su esposa, excluyendo a los hijos que no respetasen su voluntad de su participación en los tercios de mejora y libre disposición. Además, se nombraba contador partidor conforme al artículo 1057 del Código civil y se prohibía a los herederos la intervención judicial en la testamentaría. Ejercitada acción de rescisión por lesión de la partición, se cuestiona si se ha infringido la prohibición establecida por el testador. El Tribunal Supremo, tras recordar que las demandantes no habían impugnado el testamento, sino únicamente la partición efectuada por el contador partidor, se refiere a la naturaleza de la acción de rescisión por lesión de las particiones hereditarias, «que en definitiva tiene como base el cumplimiento de la voluntad del testador expresada en el llamamiento efectuado». Para el Tribunal Supremo, «la rescisión se funda en la existencia de una desigualdad entre el valor de lo que el heredero debe obtener según la disposición testamentaria y lo que efectivamente obtiene en la partición. Esta desigualdad no debe favorecer a ninguno de los coherederos, por lo que aplicar la cláusula que impide a los herederos la intervención judicial a este supuesto sería lo mismo que dejar las manos libres a quien efectúa la partición y, en consecuencia, equivaldría a permitir la vulneración de la voluntad del causante».

A continuación, nos vamos a referir a los supuestos de prohibición de intervención judicial cuando la impugnación por parte de los legitimarios se dirija a combatir simulaciones en perjuicio de las legítimas, que han sido resueltos por el Tribunal Supremo de manera muy diferente, como podrá comprobarse.

Para el análisis de la cuestión nos centraremos en la STS de 17 de enero de 2014[86], que, adelantamos desde ahora, mantiene que la intervención judicial dirigida a combatir simulaciones realizadas en perjuicio de las legítimas e incorporar esas liberalidades a los bienes relictos para fijar la cuantía de aquellas, debe estimarse un incumplimiento de la voluntad del testador.

En el supuesto contemplado en esta sentencia, el testamento del padre contenía las siguientes cláusulas respecto a la configuración de la «cautela *socini*»:

Octava.- «Prohíbe absolutamente la intervención judicial y cualquier otra en su testamentaría, 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».

Como antecedentes del pleito, la sentencia recoge dos casos anteriores, relativos esta vez a la herencia de la madre, en cuyo testamento se recogía la cautela *socini* ordenada en los mismos términos expuestos, en los que se discutía la manera de computar la transmisión por los padres a sus dos hijos varones de 480 acciones de una inmobiliaria, a cambio de una renta vitalicia a favor de aquellos, habiéndose pactado en documento posterior la obligación de los hermanos de pagar a sus tres hermanas una determinada cantidad como compensación.

En el primer caso, las hijas de la testadora interponen demanda contra sus hermanos en la que solicitan que se declarase que la transmisión de acciones mencionada lo fue a título lucrativo, por lo que debía computarse en la herencia materna a efectos de fijar la legítima correspondiente a tal herencia. El Tribunal Supremo, en Sentencia de 15 de junio de 2007[87], entendió que se había producido un negocio mixto de onerosidad y gratuidad y que la *actio ad suplendam legitimam* ejercitada por las demandantes en relación con la partición efectuada en la herencia materna debía prosperar, al tratarse de una liberalidad computable para determinar las legítimas.

En el segundo caso, en relación también a la herencia materna, son los hermanos los que interponen demanda, al estimar que las demandadas, al haber dado lugar a la intervención judicial, habían contravenido las prohibiciones contenidas en el testamento materno, por lo que solicitan la nulidad de la partición efectuada. En este litigio, la STS de 21 de noviembre de 2011[88] mantiene lo siguiente: «La cláusula de la testadora que prohíbe la intervención judicial y que sanciona el quebrantamiento de la misma con la percepción exclusiva de la proporción o cuota que en concepto de legítima estricta o corta señala la Ley […] carece de eficacia cuando las legitimarias, en el proceso anterior que ha sido reseñado, reclamaron exclusivamente su legítima estricta y los demás pronunciamientos venían referidos al cálculo de la misma. Al no entenderlo así y estimar la demanda aplicando la cautela *socini*, la sentencia de la Audiencia Provincial objeto de este recurso, confirmatoria en parte de la dictada en primera instancia, ha infringido las normas sobre intangibilidad absoluta de la legítima estricta al calificar y aplicar la cláusula de aquella cautela erróneamente. Ha infringido pues, los artículos 675 del Código civil al calificar como válida y eficaz la cautela impuesta en el testamento y el artículo 743 al

no declararla ineficaz y procede, asumiendo la instancia, la desestimación de la demanda».

En cambio, en la Sentencia de 17 de enero de 2014[89], que tiene su origen en la demanda interpuesta de nuevo por los hermanos, pero esta vez en relación a la herencia del padre, en la que los accionantes alegaban que las demandadas habían quebrantado la voluntad del causante al haber provocado la intervención judicial, el Tribunal Supremo mantiene un criterio frontalmente distinto. El Alto Tribunal, al valorar el alcance de la intervención judicial solicitada por las hijas del causante para que se computara en la herencia paterna la liberalidad realizada en su día a favor de sus hermanos (demanda que fue sobreseída y archivada por litispendencia civil, al estar todavía en curso el proceso relativo a la herencia de la madre), se manifiesta en los siguientes términos: «Los legitimarios accionantes (las hijas) infringen la prohibición dispuesta en la medida en que el fundamento que anida en el contenido impugnatorio realizado en relación con la cesión de acciones efectuada por el testador y su esposa a sus hijos varones, en documento privado de 22 de febrero de 1972, que fue objeto de la Sentencia de esta Sala de 15 de junio de 2007, antecedente judicial del presente caso, se circunscribe claramente en el marco del ejercicio de una acción de suplemento y eventual reducción de donaciones (815 CC) que comporta la pretensión de una nueva cognitio relativa a la computación y valoración del haber hereditario (STS de 4 de enero de 2013, núm. 785/2012) constituyendo una clara contravención o falta de aceptación de la disposición patrimonial ordenada por el testador. Máxime, si tenemos en cuenta que, aunque la cesión de acciones fue calificada por la citada sentencia de esta Sala como un negocio mixto de onerosidad y gratuidad, en cuando al precio que justificaba o compensaba la constitución de una renta vitalicia en favor de los cedentes, no obstante, el testador, con independencia de la calificación real del contrato celebrado, también había incluido expresamente el desarrollo lógico de esta cautela en la prohibición de impugnar las donaciones y legados hechos en vida, tal y como reza la citada cláusula décima del testamento».

Es evidente que este criterio se opone frontalmente al sustentado por el Alto Tribunal en sus Sentencias de 15 de junio de 2007 y de 21 de noviembre de 2011, relativas en este caso al testamento de la madre que recogía una cautela de idéntico contenido, y que, como ya señalamos, mantienen ambas la procedencia de *la actio ad suplendam legitimam* ejercitada por las hermanas, y la segunda, además[90], sostiene que la intervención judicial promovida no provocaba la sanción testamentaria, al haberse limitado a pedir la legítima estricta.

Como ha puesto de manifiesto un sector doctrinal, el Tribunal Supremo no explica el motivo por el que la acción de suplemento que en 2011 respetaba el testamento de los padres, en 2014 entra de lleno en la prohibición

impuesta y, por tanto, comporta la sanción prevista de la que se deriva la correspondiente modificación de la partición realizada. Esta ausencia de motivación del cambio de criterio al enjuiciar unos mismos hechos, como se ha destacado acertadamente, «produce desconcierto al justiciable y a la comunidad jurídica»[91].

Lo cierto es que frente a la Sentencia de 17 de enero de 2014, la parte recurente en casación promovió incidente de nulidad que fue desestimado por Auto del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2015[92], en el que se mantuvo que el cambio de criterio se hallaba fundamentado en razones jurídicas objetivas, y, por tanto, no era irreflexivo ni arbitrario y que no había existido, como se alegaba, vulneración de los artículos 14 y 24 CE[93]. En concreto, el Tribunal Supremo se manifiesta en los siguientes términos:

«Tercero.- Desestimación del incidente. Atendiendo a la doctrina que acaba de exponerse el incidente debe ser desestimado en virtud de los siguientes razonamientos: 1. Como puede advertirse de la fundamentación de la sentencia del Pleno cuya nulidad se insta, esta Sala, examinó —sin eludir los precedentes jurisprudenciales en materia de cautela *socini*, entre ellos la STS de 21 de noviembre de 2011 en el recurso 1879/2011— la caracterización y alcance de su validez testamentaria, para perfilar los límites de la facultad dispositiva y distributiva del testador y del derecho del legitimario, concluyendo en el fundamento jurídico segundo 11 con la exposición del criterio jurídico hacia el que ha evolucionado la doctrina de esta Sala. 2. No hay un cambio de criterio irreflexivo, sino motivado en Derecho, como pone de manifiesto la lectura de la sentencia. 3. La aplicación al caso se ha hecho de forma igualmente motivada, y marca la diferencia con el criterio que se siguió en la STS de 21 de noviembre de 2011, cuando ahora se declara que: «Por lo demás, y en contra de lo argumentado por las recurrentes, no cabe confundir la acción de complemento de la partición (art. 1079 CC), respecto de la omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia, con la acción de suplemento de la legítima que realmente ejercitan las legitimarias», que no es más que la concreción al supuesto específico del recurso de la evolución de la doctrina jurisprudencial que marca el límite en los actos del legitimario dirigidos a combatir el ámbito dispositivo del testador. 4. De acuerdo con la doctrina antes expuesta, es patente la evolución del criterio de la Sala, está motivado en Derecho y esto excluye, además de la vulneración del derecho de tutela efectiva, la infracción del principio de igualdad ante la ley. 5. Lo dicho deja sin fundamento la alegación según la cual esta Sala penalizaría e intentaría disuadir al justiciable en su libre acceso a los tribunales en condiciones de igualdad con los restantes herederos, que solo constituye una conclusión subjetiva de la parte».

A mi juicio, este Auto nada aclara y sigue sin justificar el cambio operado, puesto que, aunque como afirma el Tribunal Supremo, la cláusula

debe ser plenamente operativa cuando el recurso a la intervención judicial se refiera a cuestiones incluidas en el ámbito de las facultades dispositivas del testador, y ahí está el límite, en cuyo caso la aplicación de la cláusula no es una sanción contraria al derecho del artículo 24.1 CE, olvida el Alto Tribunal, y esto es esencial, que el ámbito dispositivo del testador no puede infringir en ningún caso la legalidad, como sucede en el supuesto enjuiciado. La actuación de las legitimarias se dirige a la defensa de sus legítimas, que habían sido burladas mediante la cesión de acciones a favor de los hermanos operada en su día y, por ello, tal actuación no puede ser constitutiva de infracción alguna de la prohibición de intervención judicial.

Por cierto, la SAP de Vizcaya de 22 de marzo de 2018[94] se refiere a esta discrepancia doctrinal en nuestra jurisprudencia reciente que, según la Audiencia, «merece ser reseñada en cuanto supone un cambio en el modo de enfocar la cautela *socini*, pudiendo provocar una especial predisposición a hacer valer estas cláusulas, en cualquier caso que se atisbe una posible infracción de la voluntad testamentaria, pero el cambio de criterio se justifica por si solo, en cuanto se pretende salvaguardar la voluntad testamentaria por encima de actos de defensa de la legítima que alteren la partición hereditaria». Resulta sorprendente esta afirmación, puesto que una cosa es que la tendencia actual sea la de flexibilizar el sistema de legítimas y reforzar la voluntad del testador como ley que ha de gobernar la sucesión, y otra es mantener que el cambio de criterio se justifica «por sí solo» para proteger la voluntad del testador y defender la eficacia de la cláusula cuando lesiona los derechos de los legitimarios, derechos que, sin duda, han de prevalecer sobre la voluntad del testador cuando esta no se ajusta a la legalidad.

En definitiva, es evidente la contradicción en la que incurre el Tribunal Supremo al sostener, como bien destaca cierta posición doctrinal, por una parte, que aquellas impugnaciones que no se dirigen a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador, sino «a denunciar irregularidades, propiamente dichas, del proceso de ejecución testamentaria, tales como la omisión de bienes hereditarios, la adjudicación de bienes, sin la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales como, en su caso, la inclusión de bienes ajenos a la herencia diferida, entre otras, escapan de la sanción prevista en la medida en que el testador, por ser contrarias a la norma, no puede imbricarlas, ya de forma genérica o particular, en la prohibición testamentaria que acompaña a la cautela y, por tanto, en la correspondiente sanción», y, por otra parte, afirmar que el ejercicio por las legitimarias de la acción de suplemento constituye «una clara contravención o falta de aceptación de la disposición patrimonial ordenada por el testador»[95].

Esta posición plantea una serie de cuestiones que nos parecen muy acertadas y que, por ello, reproducimos textualmente: «¿No sería ilícito permitir

que el testador mediante la prohibición de intervención judicial impida que el legitimario reciba la *portio debita* (*ius cogens*)? ¿Acaso es más grave omitir un bien en la herencia o no proceder a la previa liquidación de la sociedad de gananciales que no calcular el importe exacto de la legítima (art. 818.2 CC)? ¿No es contrario a ley no calcular la legítima como ella dispone, o calcularla como quiera el testador? Creo que la respuesta es clara, la cautela no puede disfrazar lo que la ley no permite. Además, tanto incluir bienes en la herencia que se han omitido, como liquidar la sociedad de gananciales como operación previa a la herencia, como la reunión ficticia de todas las donaciones, están encaminados a lo mismo, al respeto de la legítima, a su cálculo y lógicamente a su posterior pago»[96].

En consecuencia, para que el recurso a la intervención judicial, cuando este se prohíba, se pueda considerar que contraviene tal prohibición, es necesario que los legitimarios actúen sin fundamento suficiente, o que discutan la libertad distributiva y dispositiva del testador[97], Ahora bien, es igualmente necesario que esa libertad sea acorde con la legalidad, presupuesto que no se cumple en el supuesto contemplado en la STS objeto de análisis, al no respetarse los límites que fijan las normas de carácter imperativo, límites entre los que se encuentra el sistema de legítimas que también comprende las acciones para su defensa, y, por tanto, las de complemento o suplemento de la *portio* legítima.

Estas consideraciones coinciden, además, con la postura mantenida en su momento por VALLET DE GOYTISOLO, para el que las cautelas dirigidas a impedir toda impugnación del testamento, o de las ventas simuladas por el testador o cualquier intervención judicial, no deben admitirse como auténticas cláusulas de opción compensatoria. Para este autor, en estos casos no se puede hablar de compensación legitimaria, «pues no se impone sustancialmente gravamen en el *quale* legitimario, sino que nada más y nada menos se exige que sea aceptada una incertidumbre cuantitativa a cambio de no perder el posible exceso relicto por encima de la legítima»[98].

Por tanto, las prohibiciones de litigar, cuando los legitimarios impugnan actos simulados en perjuicio de sus legítimas, constituyen limitaciones ilícitas que no deben admitirse, al tratarse de contenidos impugnatorios amparados en el incumplimiento de la ley[99].

VI. CAUTELA *SOCINI*, MENORES Y PERSONAS CON CAPACIDAD MODIFICADA JUDICIALMENTE: NECESIDAD DE INTERVENCIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL

Si bien es cierto que, como demuestra la escasa litigiosidad de la cláusula *socini*, la mayoría de los legitimarios descendientes respetan la vo-

luntad del causante, el usufructo universal pueden plantear determinados inconvenientes, como los derivados del ejercicio individual de la opción por cada legitimario afectado, de forma que tengan que existir tantas opciones como legitimarios que pueden ser dispares, o los surgidos de los plazos para optar[100], sin olvidar el problema de la representación de los legitimarios menores o con capacidad modificada judicialmente que haga necesario, para evitar el conflicto de intereses, el nombramiento de defensor judicial.

Precisamente, en relación con esta última cuestión, la DGRN ha venido manteniendo la necesidad de nombramiento de defensor judicial en esos casos, porque el legitimario representado, menor o con capacidad modificada judicialmente, debe realizar una opción que siempre va a afectar directamente al representante legal, surgiendo el conflicto de intereses. En concreto, la Resolución de 5 de febrero de 2015[101] se manifiesta en los siguientes términos: «En el supuesto de la llamada cautela *socini*, que es lo que nos ocupa, la existencia de conflicto de intereses entre el padre y la hija incapaz, es clara, ya que si bien la fórmula está admitida por doctrina y jurisprudencia, los legitimarios reciben una porción mayor de la que les corresponde, pero gravada con el usufructo del viudo. En consecuencia, dicha cautela comporta una alternativa por la que el legitimario tiene que optar, y el hecho de ejercitar por él esta opción su padre acarrea la contraposición de intereses, ya que dicho representante se ve afectado directamente por el resultado de la opción»[102].

En lógica coherencia con la doctrina anterior, la RDGRN de 22 de junio de 2015[103], en un supuesto en el que la viuda, en uso del legado alternativo previsto a su favor, opta expresamente por el tercio en pleno dominio además del usufructo del tercio de mejora y acepta los derechos hereditarios en su propio nombre y en nombre de sus hijos menores de edad, mantiene la inexistencia de conflicto alguno y, por tanto, la ausencia de necesidad de intervención del defensor judicial. En este caso, la elección de la viuda no afectaba de modo alguno a la intangibilidad de la legítima. «al no crearse una situación de decisión que deba ser tomada por parte de los menores, no hay conflicto alguno, porque la única elección que ha sido tomada por la viuda lo ha sido en los términos ordenados en el testamento sin crear nueva situación que deba poner en posición a los menores que representa de decidir si escogen el mantenimiento de su legítima libre de la carga del usufructo».

Lo cierto es que la DGRN en su última Resolución de 16 de octubre de 2019[104], en la que se ha pronunciado sobre la cuestión debatida, ha vuelto a confirmar la posición que ha venido manteniendo.

Frente a la posición de la DGRN sobre la cuestión analizada, un sector del Cuerpo Notarial sostiene que junto al aspecto ecónomico de la opción que prevé la cláusula *socini*, intervienen otros factores de mayor rango y

dignidad que impiden aceptar que la cuestión tenga que solventarse como si un simple conflicto de intereses económicos impidiera al cónyuge viudo representar a su hijo menor, de forma que sea necesario nombrar un defensor judicial que pueda actuar con más imparcialidad. Y es que, se añade, «no se trata, en absoluto, de un conflicto de intereses semejante, ni aun parecido siquiera, al que surgiría si tuviera un padre la pretensión de comprar para sí unos valores propios del hijo sobre el que ejerce la representación, legal o voluntaria»[105].

También se ha defendido que la intervención del defensor judicial, como excepción a la regla general de que los padres tienen la representación legal de sus hijos menores, solo debe producirse cuando el conflicto exista efectivamente, y debe ser ante el examen de cada situación concreta cuando dicha existencia podrá apreciarse. Se añade que, «no tiene sentido que un padre o madre viudo necesite un defensor judicial para adjudicarse con sus hijos menores una herencia por cuotas indivisas según testamento conforme a la cautela, cuando en base al artículo 831 se le podría haber autorizado para hacer por sí solo los actos que hemos citado»[106]. En última instancia, se defiende *a priori* y en todo caso la innecesariedad del nombramiento del defensor en los supuestos en los que los hijos sean comunes, el patrimonio lo constituya la vivienda del matrimonio y esta constituya el domicilio familiar[107].

A nuestro juicio, ese paralelismo que se invoca para justificar la ausencia de necesidad de nombramiento de un defensor judicial, puede ser objeto de otra interpretación que nos lleve al resultado contrario. Como sabemos, el artículo 831 del Código civil impone a los descendientes el deber de respetar la distribución que haga el viudo, luego, si el testador no atribuye a su cónyuge las facultades comprendidas en el precepto citado es porque quiso que fueran sus descendientes los que ejercitaran la facultad de optar, aunque contemplando él mismo en su testamento las consecuencias económicas derivadas del ejercicio de la opción en uno u otro sentido, y que ellos deberían calibrar por sí mismos[108]. Por otra parte, no creemos que el hecho de que el patrimonio familiar esté formado únicamente por la vivienda familiar, constituya en todo caso garantía de la ausencia de conflicto de intereses entre el cónyuge viudo y el menor representado, o el hijo con capacidad judicialmente modificada.

En consecuencia, en caso de adjudicación del usufructo universal, puesto que el simple hecho de ejercitar una opción tendrá unos efectos jurídicos afectantes a la légitima y a su intangibilidad —los legitimarios pueden ver gravada su legítima estricta con un usufructo al que podrían oponerse—, la valoración de inexistencia de conflicto no puede hacerla por sí mismo el representante legal, sino que será necesario el nombramiento de un defensor judicial, conforme a lo establecido en el ar tícu lo 163 del Código civil.

Para finalizar, conviene destacar que para evitar este problema, así como los demás que pueda plantear el recurso a la cautela *socini*, se propone una nueva formulación notarial de la misma por la que se traslade en un primer momento el derecho de opción al cónyuge viudo, de forma que sea este el que decida si prefiere el pleno dominio del tercio libre y el usufructo del tercio de mejora o si desea, en cambio, el usufructo universal. Solo en este segundo supuesto entraría en juego el derecho de opción de los legitimarios[109].

Esta nueva formulación de la cautela *socini* puede verse reforzada si, además, se introduce la delegación de la facultad prevista en el artículo 831 del Código civil, que permitiría al cónyuge viudo distribuir a su prudente arbitrio el tercio libre y el tercio de mejora de la herencia del causante[110], lo que ha llevado a sostener que el citado precepto, en su actual redacción, es una oportunidad para revitalizar la cautela *socini*[111]. Ahora bien, esta amplia fiducia sucesoria no debiera hacer decaer el recurso a la cautela sociniana en el ámbito del Código civil, como se ha pretendido en alguna ocasión, porque, aunque la utilidad del artículo 831 es evidente al permitir obtener unos resultados más intensos que los de la cautela *socini*, no todos los cónyuges estarán dispuestos a otorgar al otro unas facultades tan amplias, que permitirían incluso una distribución desigual de la herencia entre los hijos. En cambio, «la cautela sí se corresponde con lo que podría entenderse el interés ordinario o común de los padres: el que salvo casos muy concretos se corresponde con la generalidad de los mismos»[112].

VII. CONCLUSIONES

I. La cautela *socini* es la previsión por la que el testador ofrece al legitimario la posibilidad de elegir entre optar por recibir «más» de lo que le corresponde por legítima pero sujetando esta a un gravamen, o por percibir la legítima estricta, renunciando al exceso. Sin embargo, el testador puede ofrecer al legitimario un «*quantum* menor» siempre que, a través de la otra disyuntiva, aquel respete el deber legal de no menoscabar la legítima. Ahora bien, en este caso, al no existir compensación alguna, desaparecería el incentivo que pudiera inclinar al legitimario a aceptar la merma cualitativa de la legítima.

II. La sola imposición de gravámenes sobre la legítima, sin que conste la posibilidad de optar en favor del legitimario, no puede identificarse con la cautela *socini* que ha de resaltar la voluntad expresa del testador. Tal voluntad no puede sobreentenderse, lo que excluye la posibilidad de admitir la cautela tácita.

III. La cautela *socini* es un mecanismo previsto por el causante para incentivar la aceptación por los legitimarios de gravámenes afectantes a la legítima. Por tanto, en contra del criterio mantenido por el Tribunal Supremo

en sus últimas sentencias, en ausencia de legitimarios, si el testador realiza unas determinadas atribuciones patrimoniales a herederos voluntarios que se hacen depender de la aceptación de ciertos gravámenes o limitaciones, no podrá hablarse de una auténtica cautela *socini*, al no existir legítimas que defender.

IV. La doctrina mayoritaria, el Tribunal Supremo y la DGRN admiten la validez de la cautela *socini*, lo que no obsta para que en determinados casos pueda devenir ilícita. Así, la prohibición de impugnación judicial de las disposiciones testamentarias articulada mediante la cautela *socini*, será válida y eficaz cuando las actuaciones de los legitimarios se dirijan a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado en el testamento, siempre y cuando el testador haya respetado la legalidad. Solo si se cumple esta premisa, los legitimarios accionantes incurrirán frontalmente en la prohibición y procederá la atribución de la legítima estricta, como sanción testamentaria.

Por tanto, el causante no puede eludir por esta vía el cumplimiento de normas de carácter imperativo, de forma que las prohibiciones de litigar cuando pretendan restringir los derechos de los legitimarios para reclamar su legítima, constituyen limitaciones ilícitas que no deben admitirse, al tratarse de «contenidos impugnatorios» amparados en el incumplimiento de la ley.

V. La adjudicación del usufructo universal, en caso de existencia de legitimarios menores de edad o con capacidad modificada judiciamente, exige la intervención del defensor judicial como ha venido manteniendo la DGRN. El cónyuge viudo no puede en su propio nombre y, como representante legal, en el de aquellos, ejercitar una opción que tendrá efectos jurídicos afectantes a la légitima y a su intangibilidad. La valoración de la inexistencia de conflicto de intereses corresponde hacerla al defensor judicial y no a quien puede verse afectado directamente por el resultado de la opción.

VI. El artículo 831 del Código civil, en su actual redacción, constituye una oportunidad para revitalizar la cautela *socini*. Ahora bien, esta amplia fiducia sucesoria no debe hacer decaer el recurso a la cautela *sociniana* en el ámbito del citado Cuerpo legal, porque, aunque la aplicación del artículo 831 permita obtener unos resultados más amplios que los de la cautela *socini*, no todos los cónyuges estarán dispuestos a otorgar al otro unas facultades tan extensas, que permitirían incluso una distribución desigual de la herencia entre los hijos. En cambio, la cautela sí responde a lo que podría entenderse el interés común de los consortes.

VIII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

Sentencias del Tribunal Supremo

- STS de 29 de diciembre de 1939 *(RJ* 1939, 105)

- STS de 12 de diciembre de 1959 *(RJ* 1959, 4499)
- STS de 3 de marzo de 1980 *(RJ* 1980, 1016)
- STS de 8 de junio de 1999 *(RJ* 1999, 4103)
- STS de 20 de septiembre de 1994 *(RJ* 1994, 6979)
- STS de 3 de diciembre de 2001 *(RJ* 2001, 9925)
- STS de 10 julio de 2003 *(RJ* 2003, 4628)
- STS de 15 de junio de 2007 *(RJ* 2007, 5122)
- STS de 6 de abril de 2009, *(RJ* 2009, 2006)
- STS de 27 de mayo de 2010 *(RJ* 2010, 5158)
- STS de 21 de noviembre de 2011 *(RJ* 2012, 1365)
- STS de 18 de julio de 2012 *(RJ* 2012, 8364)
- STS de 6 de mayo de 2013 *(RJ* 2013, 8072)
- STS de 17 de enero de 2014 *(RJ* 2015, 6242)
- STS de 3 de septiembre de 2014 *(RJ* 2014, 4795)
- STS de 21 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 1913)
- Auto del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2015 *(RJ* 2015, 6241)
- STS de 25 de abril de 2018 *(RJ* 2018, 1688)
- STS de 19 de julio de 2018 *(RJ* 2018, 2950)
- STS de 5 de diciembre de 2018 *(RJ* 2018, 5392)

Sentencias de las Audiencias Provinciales

- SAP de Las Palmas de 9 de marzo de 2000 *(AC* 2000, 2181)
- SAP de Asturias de 14 de mayo de 2001 *(JUR* 2001, 213381)
- SAP de Madrid de 19 de mayo de 2008 *(JUR* 2008, 213734)
- SAP de Valencia de 5 de febrero de 2015 *(AC* 2015, 531)
- SAP de Málaga de 10 de diciembre de 2015 *(AC* 2016, 1142)
- SAP de Alicante de 10 de junio de 2016 *(JUR* 2016, 245442)
- SAP de Vizcaya de 22 de marzo de 2018 *(JUR* 2018, 193772)

Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado

- RDGRN de 15 de mayo de 2002 *(RJ* 2002, 8572)
- RDGRN de 14 de diciembre de 2006 *(RJ* 2006, 9706)
- RDGRN de 4 de septiembre de 2012 *(RJ* 2012, 10396)
- RDGRN de 11 de diciembre de 2012 *(RJ* 2013, 716)
- RDGRN de 18 de junio de 2013 *(RJ* 2013, 6663)
- RDGRN de 5 de febrero de 2015 *(RJ* 2015, 2313)

- RDGRN de 22 de junio de 2015 *(RJ* 2015, 3733)
- RDGRN de 16 de octubre de 2019 (BOE de 22 de noviembre de 2019)

IX. BIBLIOGRAFÍA

ALEMÁN URIS, J. (2014). Cautela *Socini*: Análisis a propósito de la STS 17/1/2014. *ROED* Número 4, Sección monográfica.

ARTERO MONTALVÁN, F. (2018). La Cláusula Angélica. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018, 1 de septiembre de 2018, http://blogmartinezcardona.blogspot.com/2018/09/la-clausula-angelica-proposito-de-la.html.

BERROCAL LANZAROT, A. (2014). La cautela *Socini*: caracterización y alcance de su validez testamentaria. *Actualidad Civil*, núm. 12, LA LEY 8344\2014.

BORRACHERO, M. (1955). Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil. *Revista de Derecho Privado,* 374-377.

BUSTO LAGO, J. M.ª (2012). Legítimas y reservas. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.). *Manual de Derecho civil. Sucesiones*, 2.ª ed. Madrid: Bercal.

CABEZUELO ARENAS, A. L. (2014). Validez de prohibición de impugnar el testamento articulada a través de «cautela *Socini*». STS de 17 de enero de 2014. *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 6/2014 parte Estudios. Cizur Menor: Editorial Aranzadi, SAU, BIB 2014/3361.

— (2003). Reflexiones sobre la cautela *socini*. En *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. IV. Madrid: Thomson Reuters Civitas, 5141-5157.

— (2002). *Diversas formas de canalización de la cautela Socini*. Valencia: Tirant lo Blanch.,

CAPILLA RONCERO, F. (2016). Comentario al artículo 813 del Código civil. En *Código civil Comentado*, vol. II. A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández, (Dirs.), 2.ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 809 y sigs.

— (2016). Comentario al artículo 820 del Código civil. En *Código civil Comentado*, vol. II. A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (Dirs.), 2.ª ed. Cizur Menor:Aranzadi, 858 y sigs.

— (1987). Nulidad e impugnabilidad del testamento. *ADC,* 3 y sig*s.*

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. (2010). Cautela *Socini* y conflicto de intereses. En *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, J. C. Sánchez González, F. J. Gardeazábal del Río, y P. J. Garrido Chamorro (Coords.). Cizur Menor: Aranzadi, 1001-1033.

ESPINAR LAFUENTE, F. (1996). *La herencia legal y el testamento*. Barcelona: Bosch.

FAJARDO FERNÁNDEZ, J. (2016). Comentario a la Sentencia de 17 de enero de 2014, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 100, enero-abril.

FUENMAYOR CHAMPÍN, A. (1948). Intangibilidad de la legítima. *Anuario de Derecho civil*, enero-marzo, 46-67.

GALICIA AIZPURÚA, G. (2018). *Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil.* Madrid*:* Tecnos.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, L. (1946). La cuota vidual y su regla fija, *RGLJ*, 394 y sigs.

IGLESIAS LÓPEZ DE VIVIGO, P. (1950), Una cláusula de estilo que proclama el usufructo universal y vitalicio del cónyuge viudo. *RGLJ,* septiembre, 270 y sigs.

IRÚRZUN GOICOA, D. (2011). La Cautela *SOCINI* y la práctica notarial. *El Notario del Siglo XXI* núm. 37, mayo-junio, 158 y sigs.

— (2012). La cautela *Socini* revitalizada. En un testamento a favor de la viuda y la familia, *Revista Jurídica del Notariado*, núm 83, 373 y sigs.

LACRUZ, J. L. (2009). *Elementos de Derecho civil V*, 4.ª ed. revisada y puesta al día por J. Rams Albesa. Madrid: Dykinson.

LASARTE, C. (2018). *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho civil VII*, 13.ª ed. Madrid: Pons.

LLEDÓ YAGUE, F (1992). *Derecho de Sucesiones*, Vol. (I). Bilbao: Universidad de Deusto.

MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A. (2014). *Quo legitima tangitur. La intangibilidad cualitativa de la legítima.* Discurso leído el día 15 de diciembre de de 2014 en el acto de su recepción como Académico de Número, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. Madrid: Dykinson.

NUÑEZ LAGOS, R. (1964). Las cautelae y su época, *Revista de Derecho Notarial,* julio-diciembre.

PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P. (2014). 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 *(RJ* 2014, 3116). *Revista de Derecho Patrimonial 35,* septiembre-diciembre.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2004). *La cautela gualdense o Socini y el artículo 820.3.º del Código civil*, Madrid: Dyknson.

REAL PÉREZ, A. (1988). *Intangibilidad cualitativa de la legítima.* Madrid: Civitas.

— (1988). *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil*. Madrid: Montecorvo.

RIVAS MARTÍNEZ, J. J. (2009). *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, Tomo II, 4.ª ed. Madrid: Dykinson.

ROCA SASTRE, R. M.ª (1948). *Estudios de Derecho Privado II. Sucesiones.* Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado.

SÁNCHEZ SOCÍAS, L. (2015). La constitucionalidad de la cautela *Socini* y sus consecuencias sobre la naturaleza de la legítima. *El Notario del Siglo XXI núm. 59,* enero-marzo, 154 y sigs.

— (2015). La generalización de la cautela *socini*. *Fernando Herrero-Tejedor Algar, Liber Amicorum*, Madrid: Colex, 827 y sigs.

SAPENA TOMÁS, J. (1974). Viabilidad del usufructo universal del cónyuge viudo: su inscripción registral. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 503, 861 y sigs.

SÁENZ DE SANTAMARÍA TINTURE, I. (1951). ¿Es viable el usufructo universal a favor del cónyuge viudo en nuestro Derecho civil existiendo herederos forzosos? *Revista de Derecho Privado*, núm. 417, 995 y sigs.

SÁNCHEZ-ROS GÓMEZ, J. M. (2017). La cautela *Socini*: La necesidad de un nuevo planteamiento. 21 de febrero de 2017. http://www.notariadesevillanervion.com/2017/02/la-cautela-Socini-la-necesidad-de-un.html

VALLET DE GOYTISOLO, J. (1982). *Panorama de Derecho de Sucesiones*, I. Madrid: Civitas.

— (1982). *Panorama de Derecho de Sucesiones, II, Perspectiva Dinámica.* Madrid: Civitas.

— (1964). Cautelas de opción compensatoria de la legítima. RDN 45-46, julio-diciembre, 207-294.

— (1963). Perspectiva histórica de las cautelas de opción compensatoria de la legítima. *Anuario de Derecho civil*, Vol. 16, núm. 2, 281 y sigs.

— (1962). La opción legal del legitimario cuando el testador ha dispuesto un usufructo o una renta vitalicia que sobrepase la porción disponible. *ADC*, 594 y sigs.

NOTAS

[1] Como señala VALLET DE GOYTISOLO, J. (1963). Perspectiva histórica de las cautelas de opción compensatoria de la legítima. *Anuario de Derecho civil*, Vol. 16, núm. 2, 282, Las legítimas tienen cuantitativamente y cualitativamente fijado su contenido por las normas. Tienen predeterminado *quantum y quale*.

[2] La STS de 18 de julio de 2012 *(RJ* 2012, 8364) lo expresa en los siguientes términos: «Se distinguen dos tipos de intangibilidad de la legítima: la cuantitativa y la cualitativa. Con el segundo tipo, la ley impide al testador imponer un gravamen al legitimario, mientras que en virtud de la intangibilidad cuantitativa, se impide otorgar menos de lo que por legítima corresponda. El primer tipo está previsto en el artículo 813.2 del Código civil, y su incumplimiento produce la anulación del gravamen, mientras que el segundo se encuentra en el artículo 815 del Código civil y da lugar al complemento de la legítima. Por tanto, ninguno de estas lesiones produce la nulidad. La intangibilidad afecta al causante, que no puede ni gravar al legitimario, ni dejarle menos de lo que por legítima le corresponda y abre las acciones que este tiene para corregir las disposiciones que le perjudican. Cuando la lesión la produce la partición, no se puede hablar de intangibilidad, sino de corrección de las operaciones particionales».

[3] CAPILLA RONCERO, F. (2016). Comentario al artículo 813 del Código civil. En *Código civil Comentado*, vol. II, A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (Dirs.), 2.ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 809. Señala Cabezuelo Arenas, A. L (2014). Validez de prohibición de impugnar el testamento articulada a través de «cautela Socini». STS de 17 de enero de 2014. *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 6/2014 parte Estudios. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. BIB 2014/3361, 3, que también es posible utilizar la cautela *Socini* para conceder al viudo un usufructo universal con facultad de disponer en caso de necesidad de los bienes hereditarios, o un fideicomiso de residuo incluso en su modalidad *si aliquid supererit*, siempre que se garantice que los hijos que se nieguen a aceptarlo, recibirán su legítima estricta, pues tal gravamen no lesiona en modo alguno los derechos de estos últimos. «Los descendientes así gravados decidirán libremente lo que estimen más conveniente: si la legítima libre, o la recompensa prevista para quienes deciden arriesgarse soportando gravámenes como aquellos, que comportan que acaso nada quede a la muerte del viudo, tras hacer uso de unas facultades exorbitantes concedidas por el testador y que ellos se avienen a tolerar. En este sentido, diremos que, los descendientes voluntariamente se someten a un alea: que resten bienes para ellos dependerá de que finalmente no sean ejercitadas dichas facultades por el viudo, agotando el caudal hereditario por completo».

[4] Destaca MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A. (2014). *Quo legitima tangitur. La intangibilidad cualitativa de la legítima.* Discurso leído el día 15 de diciembre de 2014 en el acto de su recepción como Académico de Número, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. Madrid: Dykinson, 119, que La cautela *socini* ha rendido —y rinde— un extraordinario servicio para conciliar la extensión universal del usufructo con la intangibilidad de la legítima.

[5] Para MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A. (2014). *Op. cit.,* 49, esta norma «constituye un dique que amenaza verse desbordado por las reformas introducidas en otros preceptos del Código civil y la presión de una realidad social que exige, cuando menos, una interpretación más flexible de la que se ha venido haciendo».

[6] RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2004). *La cautela gualdense o Socini y el artículo 820.3.º del Código civil*, Madrid: Dykinson, 92. LACRUZ, J. L. (2009). *Elementos de Derecho civil V*, 4.ª ed. revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid: Dykinson, 374. CAPILLA RONCERO, F. (2016). Comentario al artículo 813 del Código civil, *cit.,* 810, entiende que la prohibición comprende también el modo o el término o cualesquiera otros casos que signifiquen que se atribuyen inadecuadamente las legítimas.

[7] Sin embargo, no sucede lo mismo en el Derecho foral, y, así, por ejemplo, sin perjuicio de que ya lo hicieran con anterioridad, el actual Código de Sucesiones de Cataluña regula expresamente la cautela *Socini* en su artículo 451-9.

[8] Así, lo hace en la STS de 17 de enero de 2014, como destaca SÁNCHEZ SOCÍAS, L. (2015). La constitucionalidad de la cautela *socini* y sus consecuencias sobre la naturaleza de la legítima. *El Notario del Siglo XXI núm. 59,* enero-marzo, 154.

[9] LASARTE, C. (2018). *Derecho de Sucesiones, Principios de Derecho civil VII*, 13.ª ed. Madrid: Pons, 203.

[10] Entre otros, FUENMAYOR, A. (1948). Intangibilidad de la legítima. *Anuario de Derecho civil*, enero-marzo, 58; SAPENA TOMÁS, J. (1974). Viabilidad del usufructo universal del cónyuge viudo: su inscripción registral. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario,* núm. 503, 874; BORRACHERO, M. (1955). Usufructo universal del cónyuge viudo en el del Código civil. *Revista de Derecho Privado,* 374-377. BUSTO LAGO, J. M.ª (2012). Legítimas y reservas. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Manual de Derecho civil. Sucesiones*, 2.ª ed. Madrid: Bercal, 219 y 220. En general, se argumenta que el inciso final del artículo 813. 2 del Código civil se refiere al usufructo legal como aclaración, y no como excepción, a la antinomia que pudiera darse entre esta norma y la legítima del cónyuge viudo.

[11] RÁGEL SÁNCHEZ, L. F. (2004). *Op. cit.,* 92.

[12] En este sentido, SÁENZ DE SANTAMARÍA TINTURE, I. (1951). ¿Es viable el usufructo universal a favor del cónyuge viudo en nuestro Derecho civil existiendo herederos forzosos? *Revista de Derecho Privado*, núm. 417, 995 y sigs. El autor entiende que si lo que el legislador ha pretendido es establecer una prohibición que afecta al testador, y a continuación, efectúa una salvedad, esta también ha de entenderse referida a aquel, siendo otra cosa un contrasentido. *Vide,* también, REAL PÉREZ, A. (1988). *Intangibilidad cualitativa de la legítima.* Madrid: Civitas, 102 y 103 y, recientemente, MARTÍNEZ SANCHIZ J. A. (2014). *Op. cit.,* 127.

[13] *RJ* 2013, 4628.

[14] La cursiva es mía.

[15] GALICIA AIZPURUA, G. (2018). *Propuesta de Código civil de la Asociación de Profesores de Derecho civil.* Madrid: Tecnos, 603.

[16] *Propuesta…*, *Op. cit.,* 193 y 194.

[17] Sobre sus orígenes, vide VALLET DE GOYTISOLO, J. (1962). La opción legal del legitimario cuando el testador ha dispuesto un usufructo o una renta vitalicia que sobrepase la porción disponible. *ADC* 1962, 594 y sigs. Destaca la doctrina que la cautela de opción compensatoria en realidad fue formulada por Durantes en 1540, aunque se atribuya a Socino, lo que puede obedecer a que no se difundió suficientemente en la

época del primero o a que Socino expuso con mayor lucimiento la formula ya empleada por otro. *Vide,* por todos, RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2004). *Op. cit.,* 125.

[18] RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2004). *Op. cit.,* 119.

[19] *RJ* 2003, 4628.

[20] IRÚRZUN GOICOA, D. (2011). La Cautela *SOCINI* y la práctica notarial. *El Notario del Siglo XXI* núm. 37, mayo-junio, 158.

[21] Así, REAL PÉREZ, A. (1988). *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil*. Madrid: Montecorvo, 174, reserva la expresión cautela *Socini stricto sensu* a los supuestos en los que el testador deja a su cónyuge el usufructo universal con la facultad de opción a favor de los legitimarios. También, la SAP de Madrid de 19 de mayo de 2008 *(JUR* 2008, 213734) afirma que el concepto clásico o propio de cautela *socini* es el del usufructo universal del cónyuge viudo que grava la legítima a cambio de una institución en mayor porción de bienes.

[22] En concreto, CABEZUELO ARENAS, A. L. (2014), Validez de prohibición de impugnar el testamento articulada a través de la cautela *Socini*. *Op. cit.,* 2, afirma que «las cautelas de opción compensatoria no solo son aptas para premiar a los descendientes que se pliegan a aceptar el usufructo universal del cónyuge viudo, sino también a quienes no desobedecen el mandato del causante consistente, esta vez, en no impugnar el testamento o algunas de sus disposiciones. Incluso pudiera darse la circunstancia de que ambas misiones se conjugaran.

[23] *RJ* 2018, 5392.

[24] *RJ* 2010, 5158.

[25] REAL PÉREZ, A. (1988). *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil. Op. cit.* 186; CABEZUELO ARENAS, A. L. (2002), *Diversas formas de canalización de la cautela socini.* Valencia:Tirant lo Blanch, 174.

[26] VALLET DE GOYTISOLO, J. (1963). Perspectiva histórica… *Op. cit.,* 324 y sigs. En la doctrina, ALEMÁN URIS, J. (2014). Cautela *socini*: análisis a propósito de la STS 17/1/2014. *Revista OnLine de Estudiantes de Derecho ROED* Número 4. Sección monográfica, se ha cuestionado la coherencia de este razonamiento con las tesis anteriores del propio autor, puesto que si se justifica que el causante no infringe la intangibilidad cualitativa legitimaria en tanto cumpla con el deber legal de atribuir la legítima pura al heredero forzoso, no tiene lógica añadir la exigencia de que la disyuntiva que se ofrece al legitimario sea de mayor *quantum*.

[27] ROCA SASTRE, R. M.ª (1948). *Estudios de Derecho Privado II. Sucesiones,* Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 176; LACRUZ, J. L. (2009). *Op. cit.,* 380; CABEZUELO ARENAS, A. L. (2002), *Diversas formas de canalización de la cautela Socini. Op. cit.,* 173. REAL PÉREZ, A. (1988), *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil. Op. cit.,* 185. También, ALEMÁN URIS, J. (2014). *Op. cit.,* 24, mantiene que: En la alternativa a la legítima se puede ofrecer cualquier tipo de atribución o beneficio con independencia de su entidad o su cuantía, con tal de que a través de la otra disyuntiva cumpla el causante el deber legal. Una opción de menor *quantum* que el valor que le corresponde al heredero forzoso por legítima estricta no desvirtúa el hecho de que el *de cuius* cumple con no menoscabar aquella.

[28] FUENMAYOR, A. (1948). Intangibilidad de la legítima. *Op. cit.,* 68.

[29] *JUR* 2001, 213381.

[30] La cursiva es mía.

[31] REAL PÉREZ, A. (1988). *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil*. *Op. cit.,* 188 y 189. Esta autora niega con rotundidad la admisión de la cautela *socini* tácita en nuestro derecho (272).

[32] RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2004). *Op. cit.,* 304 y 305.

[33] SAPENA, J. (1973). *Op. cit.,* 868. Por su parte, ROCA SASTRE, R. M.ª (1948). *Estudios de Derecho Privado II. Sucesiones,* Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 177, afirma que el artículo 820.3 del Código civil «no consagra concretamente la cláu-

sula *Socini*, pues no se refiere al caso de existir en un testamento una cláusula de esta índole; pero hace más: admite e impone el juego específico de la cláusula *Socini*, aun sin el empleo de tal cáusula». Ahora bien, a continuación, este autor afirma que, si el artículo 820 aplica por ministerio de la ley el mecanismo propio de la cláusula *Socini*, con mayor razón hay que considerar que es posible y plenamente válida y eficaz en Derecho común *la verdadera cláusula Socini*, puesta en un testamento….

[34] *RJ* 2003, 4628.

[35] Tras esta interpretación del Tribunal Supremo, algún autor, como CABEZUELO ARENAS, A.L., cambia de opinión y pasa, de defender la necesidad de que la cautela sea expresa (*Diversas formas de canalización de la cautela Socini*, *cit.,* 175-177) a admitir la cautela tácita, que se reconduce al artículo 820.3 del Código civil (Validez de prohibición de impugnar el testamento…, *cit.,* 8).

[36] *RJ* 2010, 5158.

[37] *RJ* 2012, 1365.

[38] CAPILLA RONCERO, F. (2016). Comentario al artículo 813 del Código civil. *Op. cit.,* 819.

[39] En la línea apuntada, RIVAS MARTÍNEZ, J. J. (2009). *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, Tomo II, 4.ª ed. Madrid: Dykinson, 1442, mantiene que el artículo 820.3 recoge una hipótesis distinta a la cautela *socini*.

[40] *AC* 2000, 2181.

[41] Se manifiesta en sentido contrario la SAP de Valencia de 5 de febrero de 2015 *(AC* 2015, 531) al afirmar que la fórmula jurídica conocida como cautela *socini* está regulada en el artículo 820 del Código civil. Por su parte, la SAP de Málaga de 10 de diciembre de 2015 *(AC* 2016, 1142) se refiere a la cláusula *Socini*, tácita, presunta o *ex lege* (art. 820.3 CC), y la SAP de Alicante de 10 de junio de 2016 *(JUR*, 2016, 245442) si bien en un primer momento afirma que el artículo 820.3, sin llegar a una completa identidad con la cautela *Socini*, despliega efectos semejantes, posteriormente declara que el Código civil la incorpora en el citado precepto.

[42] REAL PÉREZ, A. (1988), *Usufructo Universal del cónyuge viudo en el Código civil*. *Op. cit.,* 271, 272, y 289 a 291. CABEZUELO ARENAS, A. L. (2002). *Diversas formas de canalización de la acutela socini*. *Op. cit.,* 187.

[43] CAPILLA RONCERO, F. (2016). Comentario al artículo 820 del Código civil. En *Código civil Comentado*, Vol. II, A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, y R. Valpuesta Fernández (Dirs.), 2.ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 861; BERROCAL LANZAROT, A. (2014). La cautela *Socini*: caracterización y alcance de su validez testamentaria. *Actualidad Civil*, núm. 12, LA LEY 8344\2014, 8. Para SÁNCHEZ SOCÍAS, L. (2015). La generalización de la cautela *socini*, *Fernando Herrero-Tejedor Algar, Liber Amicorum*. Madrid: Colex, 834, la cautela *socini* permite elegir entre la legítima estricta o lo previsto por el testador, que puede ser mucho más que el mínimo que corresponda por ley o muy poco más. En cambio, en el supuesto del artículo 820.3 del Código civil la alternativa a aceptar la disposición testamentaria está relacionada con la legítima amplia, que solo deja fuera el tercio de libre disposición. En contra, RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2004). *Op. cit.,* 249) entiende que en este caso el legitimario debería entregar la parte de libre disposición y, además, la cuota legal usufructuaria.

[44] CABEZUELO ARENAS, A. L. (2002), *Diversas formas de canalización de la cautela*, *cit.,* 140.

[45] CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, J. (2010). Cautela *Socini* y conflicto de intereses. En *Homenaje a Víctor Manuel Garrido de Palma*, J. C. Sánchez González, F. J. Gardeazábal del Río, y P. J. Garrido Chamorro (Coords.). Cizur Menor: Aranzadi, 1023.

[46] Sobre las distintas cuestiones que puede plantear este requisito, *vide* CABEZUELO ARENAS, A. L. (2002). *Diversas formas de canalización de la acutela socini. Op. cit.,* 180 y sigs.

[47] REAL PÉREZ, A. (1988). *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código civil*. *Op. cit.,* 189 y 190. VALLET DE GOYTISOLO, J. (1964). Cautelas de opción compensatoria de la legítima. *Op. cit.,* 263.

[48] RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2004). *Op. cit.,* 106.

[49] RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2004). *Op. cit.,* 166 y 167.

[50] FUENMAYOR, A. (1948). «Intangibilidad de la legítima». *Op. cit.,* 65.

[51] ALEMÁN URIS (2014). *Op. cit.,* 6.

[52] *RJ* 2014, 4795.

[53] SÁNCHEZ SOCÍAS, L. (2015). La constitucionalidad de la cautela *socini* y sus consecuencias sobre la naturaleza de la legítima. *Op. cit.,* 155.

[54] ARTERO MONTALVÁN, F. (2018). La Cláusula Angélica. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2018, 1 de septiembre de 2018. http://blogmartinezcardona.blogspot.com/2018/09/la-clausula-angelica-proposito-de-la.html.

[55] STS de 21 de noviembre de 2011 *(RJ* 2012, 1365), de 17 de enero de 2014 *(RJ* 2015, 6242), de 3 de septiembre de 2014 *(RJ* 2014, 4795), de 21 de abril de 2015 *(RJ* 2015, 1913) y de 19 de julio de 2018 *(RJ* 2018, 2950).

Con anterioridad, *vide* las SSTS de 29 de diciembre de 1939 *(RJ* 1939, 105), de 12 de diciembre de 1959 *(RJ* 1959, 4499), de 3 de diciembre de 2001 *(RJ* 2001, 9925), de 10 de julio de 2003 *(RJ* 2003, 4628) y de 15 de junio de 2007 *(RJ* 2007, 5122).

[56] RRDGRN de 15 de mayo de 2002 *(RJ* 2002, 8572), de 14 de diciembre de 2006 *(RJ* 2006, 9706), de 4 de septiembre de 2012 *(RJ* 2012, 10396), de 11 de diciembre de 2012 *(RJ* 2013, 716), de 5 de febrero de 2015 *(RJ* 2015, 2313), de 22 de junio de 2015 *(RJ* 2015, 3733) y, muy recientemente, de 16 de octubre de 2019 (BOE de 22 de noviembre de 2019).

[57] Para un estudio completo sobre los distintos argumentos contrarios a la validez de la cautela, *vide* CABEZUELO ARENAS, A. L. (2002). *Diversas formas de canalización de la cautela socini*. *Op. cit.,* 191 y sigs.

[58] ESPINAR LAFUENTE, F. (1956). *La herencia legal y el testamento*. Barcelona: Bosch, 396 y 397.

[59] ROCA SASTRE, R. M.ª (1948). *Op. cit.,* 176. REAL PÉREZ, A. (1988), *Usufructo del cónyuge viudo en el Código civil. Op. cit.,* 197.

[60] NÚÑEZ LAGOS, R. (1964). Las cautelae y su época. *Revista de Derecho Notarial,* julio-diciembre*,* 372. ESPINAR LAFUENTE, F. (1996). *Op. cit.,* 396 a 398.

[61] VALLET DE GOYTISOLO, J. (1982). *Panorama de Derecho de Sucesiones, II, Perspectiva Dinámic.,* Madrid: Civitas, 48. En esta dirección, FUENMAYOR, A. (1948). Intangibilidad de la legítima. *Op. cit.,* 67, defiende que el legitimario «es libre en todo momento de rechazar la oferta de la cláusula y percibir, sin limitación alguna, su legítima estricta. Por este motivo, porque todo depende de la libre voluntad del legitimario, debe evidentemente rechazarse por exagerada, la opinión de aquellos autores que no vacilan en calificar de inicuo el procedimiento que la cautela ofrece como instrumento hábil para burlar en cierta medida el principio de que la cuota legitimaria ha de ser transmitida libre de todo gravamen o limitación».

[62] HERNÁNDEZ GONZALEZ, L. (1946).La cuota vidual y su regla fija. *RGLJ*, 394, IGLESIAS LÓPEZ DE VIVIGO, P. (1950). Una cláusula de estilo que proclama el usufructo universal y vitalicio del cónyuge viudo. *RGLJ,* septiembre, 284.

[63] LACRUZ, J. L. (2009). *Op. cit.,* 379.

[64] REAL PÉREZ, A. (1998). Usufructo universal…, *Op. cit.,* 212. VALLET DE GOYTISOLO, J. (1964). Cautelas de opción compensatoria de la legítima, 208-210.

[65] Destacaba FUENMAYOR, A. (1948). Intangibilidad de la legítima. *Op. cit.,* 71, que así sucede, cuando el testador grave la legítima y atribuya al titular de esta un legado prohibiéndole exigir a los coherederos la formación de inventario. La cautela es entonces ilícita por cuanto priva al heredero forzoso de la única vía de averiguación de la cuantía de su cuota y viene de tal modo a cercenarle los derechos que la ley le reconoce.

[66] *RJ* 2015, 6242. Doctrina y jurisprudencia fechan esta sentencia en 17 de enero. En CENDOJ, consta como STS de 10 de junio de 2014.

[67] SÁNCHEZ SOCÍAS, L. (2015). La constitucionalidad de la cautela *socini* y sus consecuencias sobre la naturaleza de la legítima. *Op. cit.,* 154.

[68] LACRUZ, J. L. (2009). *Op. cit.,* 381.

[69] VALLET DE GOYTISOLO, J. (1964). Cautelas de opción compensatoria de la legítima. *Op. cit.,* 261 y 262.

[70] REAL PÉREZ, A. (1988) *Usufructo universal del cónyuge viudo… Op. cit.,* 221 a 224. LLEDÓ YAGUE, F. (1992). *Derecho de Sucesiones*. Vol. (I), Bilbao: Universidad de Deusto, 198. LASARTE, C. (2018). *Op. cit.,* 205: CABEZUELO ARENAS, A. L. (2002). *Diversas formas de canalización de la cautela socini. Op. cit.,* 201 y sigs. y (2003). Reflexiones sobre la cautela *socini.* En *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, T. IV. Madrid: Thomson Reuters Civitas, 5150 y 5151.

[71] VALLET DE GOYTISOLO, J. (1982). *Panorama de Derecho de Sucesiones*, I, Madrid: Civitas, 643.

[72] FUENMAYOR, A. (1948). Intangibilidad de la legítima. *Op. cit.,* 71. Por su parte, LACRUZ, J. L. (2009). *Op. cit.,* 379, incluye las prohibiciones de intervención judicial entre las limitaciones que más frecuentemente se ponen en alternativa con la legítima. Con algún matiz, FAJARDO FERNÁNDEZ, J. (2016). Comentario a la Sentencia de 17 de enero de 2014. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* núm. 100, enero-abril, 9 de 17, admite las cláusulas prohibitorias entre las socinianas, pero advierte de los problemas específicos que plantean las primeras y que no se solventan con el solo cambio de nombre.

[73] FUENMAYOR, A. (1964). Intangibilidad de la legítima. *Op. cit.,* 71.

[74] VALLET DE GOYTISOLO, J. (1984). *Panorama del Derecho de Sucesiones, II.* Madrid: Civitas, 146.

[75] CAPILLA RONCERO (1987). Nulidad e impugnabilidad del testamento. *ADC,* 16.

[76] *RJ* 2015, 6242.

[77] *RJ* 2018, 1688.

[78] La cursiva es mía.

[79] En la actualidad, ha de tenerse en cuenta el artículo 831.1 del Código civil en su nueva redacción.

[80] *RJ* 1959, 4499.

[81] *RJ* 1980, 1016.

[82] *RJ* 1999, 4103.

[83] *RJ* 1994, 6979.

[84] *RJ* 2013, 8072.

[85] *RJ* 2009, 2006.

[86] *RJ* 2015, 6242.

[87] *RJ* 2007, 51.

[88] *RJ* 2012, 1365.

[89] *RJ* 2015, 6242.

[90] La STS de 15 de junio de 2007 no se pronuncia sobre esta cuestión, puesto que no fue objeto de recurso.

[91] SÁNCHEZ SOCÍAS, L. (2015). La constitucionalidad de la cautela *socini* y sus consecuencias sobre la naturaleza de la legítima. *Op. cit.,* 156.

[92] *RJ* 2015, 6241.

[93] Sobre la cáusula prohibitiva a la luz del derecho de la tuela judicial efectiva *vide* SÁNCHEZ SOCÍAS, L. (2015). La generalización de la cautela *socini*. *Op. cit.,* 840 y sigs

[94] *JUR* 2018, 193772.

[95] PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P. (2014). 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 *(RJ* 2014, 3116). *Revista de Derecho Patrimonial 35,* septiembre-diciembre, 16 de 18.

[96] *Ibidem.*

[97] Esto es, precisamente, lo que sucede en el supuesto contemplado en la SAP de Alicante de 5 de mayo de 2017 *(JUR* 2018, 34126).

[98] VALLET DE GOYTISOLO, J. (1963). Perspectiva histórica de las cautelas de opción compensatoria de la legítima. *Op. cit.,* 284.

[99] Como defiende CAPILLA RONCERO, F. (2016). Comentario al artículo 813 del Código civil. *Op. cit.,* 819, Los incentivos para la aceptación voluntaria de menoscabos de la legítima orillan solamente la prohibición de gravar a esta, pero no dan patente de corso para que un legitimario pierda atribuciones a cambio de aceptar situaciones prohibidas por la ley por otros motivos. Por ello, no se admiten las limitaciones o gravámenes consistentes en prohibiciones de impugnación judicial del testamento, en los casos en que haya nulidad declarada por la ley (art. 675.2.º párr. CC), lo cual incluye la impugnación de disposiciones testamentarias lesivas de las legítimas (STS de 8 de noviembre de 1967 [*RJ* 1967, 5114]); ni las prohibiciones de litigar, cuando los legitimarios impugnan actos simulados en perjuicio de sus legítimas (STS de 10 de julio de 1954 [*RJ* 1954, 2028]).

[100] En particular, IRURZUN GOICOA, D. (2011). La cautela *socini* y la práctica notarial. *Op. cit.,* 159, destaca que: No ha de olvidarse tampoco el factor tiempo, en cuanto al momento de ejercicio de la opción por los legitimarios, que resulta de gran trascendencia, en un doble sentido. Inicialmente por las complicaciones que puede originar una actitud pasiva o renuente de los legitimarios que demoran su decisión. Y, por otra parte, si las varias decisiones se escalonan cronológicamente (es claro que no se puede exigir que sean simultáneas), en cuanto la decisión de algunos de ellos influye psicológicamente en la que otros legitimarios han de adoptar más tarde. Piénsese, por ejemplo, en que, salvo uno que aún medita su decisión, todos los demás legitimarios han aceptado la cláusula de usufructo universal en favor del cónyuge viudo. Esta generalización supone de hecho una coacción al indeciso que, en caso de discrepancia, solo podría recibir el pleno dominio de su participación en el tercio de legítima estricta.

[101] *RJ* 2015, 2313.

[102] En esta dirección, vide las Resoluciones de la DGRN de 15 de mayo de 2002 *(RJ* 2002, 8572), de 14 de diciembre de 2006 *(RJ* 2006, 9706) y de 18 de junio de 2013 *(RJ* 2013, 6663).

[103] *RJ* 2015, 373.

[104] *BOE* de 22 de noviembre de 2019.

[105] IRURZUN GOICOA, D., La Cautela *SOCINI* y la práctica notarial. *Op. cit.,* 159.

[106] CASTÁN PÉREZ GÓMEZ, J. (2010). *Op. cit.,* 1024 y sigs. Vidé, también, MARTÍNEZ SANCHIZ, J. A. (2014). *Op. cit.,* 118 y sigs

[107] CASTÁN PÉREZ GÓMEZ, J. (2010). *Op. cit.,* 1028 y sigs

[108] CABEZUELO ARENAS, A. L. (2014). Validez de prohibición de impugnar… *Op. cit.,* 11.

[109] SÁNCHEZ-ROS GÓMEZ, J. M. (2017). La cautela *Socini*: La necesidad de un nuevo planteamiento. 21 de febrero de 2017. http://www.notariadesevillanervion.com/2017/02/la-cautela-Socini-la-necesidad-de-un.html

[110] CABEZUELO ARENAS, A. L. (2014). Validez de prohibición de impugnar…, *Op. cit.,* 4.

[111] IRURZUN GOICOA, D. (2012). La cautela Socini revitalizada. En un testamento a favor de la viuda y la familia. *Revista Jurídica del Notariado*, núm 83, 410.

[112] CASTÁN PÉREZ GÓMEZ, J. (2010). *Op. cit.,* 1022 y 1023.

(Trabajo recibido el 10-3-2020 y aceptado para su publicación el 18-5-2020)