Pasado y presente de la Cautela Socini*

Álvaro Martínez Fernández
Universitat de València

El presente trabajo tiene por objeto mostrar algunas de las líneas esenciales de un futuro estudio en profundidad de una institución conocida modernamente como Cláusula o Cautela Socini o Cautela sociniana o gualdense, institución que ha sido objeto de la atención y del estudio de juristas civilistas pero que todavía no ha sido tratada, o al menos no lo ha sido en profundidad, desde una óptica iusromanista[1].

La Cláusula o Cautela Socini es uno de esos artificios jurídicos que, sin más pretensión inicial que la de resolver cierto conflicto de interés planteado en un momento histórico concreto, acertó a alcanzar éxito histórico e incluso cierta tradición secular. La conexión de esta Cautela con el Derecho romano, sin embargo, solo puede calificarse en un principio de «presunta», pues a falta del necesario escrutinio de las fuentes jurídicas romanas su único anclaje en aquel es la interpretación que ciertos juristas del *ius commune* hicieron de unos pasajes del Digesto de Justiniano, especialmente del pasaje del libro XII de las *Quaestiones* de Papiniano contenido en D. 38,2,41,[2] interpretación que propició la construcción teó-

* Es un honor para mí el participar con estas líneas en el homenaje al Prof. D. Ricardo Panero, en cuya memoria se celebró el congreso. Quiero asimismo agradecer a mis directores de tesis doctoral, los Profs. D.ª Aránzazu Calzada González y D. Carlos Sánchez-Moreno Ellart la revisión de este texto.

[1] Preferimos este término (tal como lo usa, por ejemplo, A. Guarino, *Giusromanistica elementare*, Nápoles, 2002) al ambiguo «romanista», pese a que este es el que encuentra mayor aceptación y por eso no podemos dejar de utilizarlo.

[2] Pap. 12 *quaest*. D. 38,2,41: «*Si libertus patrono, quod ad debitam portionem attinet, satisfaciat, invito tamen aliquid extorquere conetur, quid statuendum est, quaeritur. Quid enim, si ex parte debita instituto decem praeterea legentur et rogetur servum proprium, qui sit decem vel minoris pretii, manumittere? Iniquum est et legatum velle percipere et libertatem servo non dare: sed parte debita accepta et legato temperare et libertatem imponere non cogi, ne servum (forte de se male meritum) cogatur manumittere. Quid ergo si solo eodem herede instituto idem libertus petierit? Si substitutum habebit, aeque decreti remedium poterit procedere, ut accepta debita portione cetera pars ad substitutum perveniat ita, ut, si forte servus redimi potuisset, praestaretur libertas: cessante vero substitutione patronum hereditatem liberti amplectentem praetor, qui de fideicommisso cognoscit, libertatem servo eum imponere cogat*».

https://doi.org/10.55104/FRDC_0720

rica de la figura. Pero es precisamente la presunta conexión de esta con el Derecho romano, junto con el hecho de haberse originado en el marco de la Edad Moderna y el de haber pervivido hasta los actuales derechos privados, lo que hace de ella una institución de derecho hereditario de interés tanto para el civilista, como para el romanista, el historiador y el moderno práctico del Derecho.

Pero antes de seguir recordemos en qué consiste básicamente la Cautela Socini. Al respecto, podemos definirla como aquella disposición testamentaria en virtud de la cual el testador deja a sus herederos forzosos una porción hereditaria que excede de la legítima estricta, pero sometida a condición o gravamen, de tal modo, que, si estos deciden no cumplirla o soportarla, verán su herencia reducida a lo que por legítima estricta les corresponda.

Al calificar, como he hecho al inicio de la exposición, de «presunta» la romanidad de la Cláusula Socini vengo a anticipar mi desacuerdo con una línea de pensamiento, bien representada por Ragel Sánchez[3], que cree ver en el Derecho romano la construcción embrionaria de la Cláusula. A mi juicio, esta habría tenido su origen y se habría construido solo a partir de la exégesis medieval de los pasajes del Digesto pues, como precisamente afirma, ahora acertadamente, el citado autor,[4] en Derecho romano no se reconocía por innecesaria lo que hoy generalizadamente designamos como «tutela cualitativa de la legítima» y, por tal razón, tampoco se preveía una posible compensación de un gravamen sobre esta, a diferencia de lo que posibilitaría posteriormente la Cautela Socini.

Es más, sobre este punto cabe insistir en que el *pater familias* tuvo merced al *ius civile* una plena libertad para disponer materialmente por testamento, por lo que no le resultaba necesario acudir a ningún subterfugio jurídico para que su última voluntad fuera cumplida total y absolutamente en sus propios términos. La posición del *pater familias*, y en esto no señalamos nada que no sea ampliamente conocido, no conocía prácticamente limitaciones en su libertad de testar. No otro significado debe otorgarse al principio de las XII Tablas citado en una fuente tardía como los *Tituli ex Corpore Ulpiani* (11.14) *Uti legassit super pecunia suae rei tutelave ita ius esto*. Tema diverso —y con eso tampoco revelamos nada desconocido— es que la acción de pretor limitara en la práctica ese derecho de alcance tan general, sea por la doctrina temprana de la desheredación explícita (*exheredatio*, Gai 2.123), sea por la introducción de la *querela inofficiosi testamenti,* sea por la exigencia de la cuarta Falcidia, por no citar más que los episodios decisivos de ese proceso. Aun así, debe quedar claro que —como siempre que tratamos con la dicotomía *ius civile / ius honorarium*— el principio de libertad de testar, si bien menoscabado en la práctica, permanece en teoría siempre como un elemento esencial del sistema.

---

[3] Así, L. F. Ragel Sánchez, *La cautela gualdense o Socini y el artículo 820.3.º del Código Civil, Dykinson*, 2004, pp. 119-159.

[4] L. F. Ragel Sánchez, *Cautela, cit.,* p. 120.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0720

Desplacémonos ahora al moderno Derecho civil común español y a sus antecedentes históricos sin tener en cuenta en absoluto la Cautela Socini. Me parece necesario poner de relieve una serie de condicionantes legales que envuelven al testador en vida y que le influyen sin duda a la hora de determinar quiénes serán, una vez haya fallecido, los beneficiarios del conjunto de bienes, derechos y obligaciones que conforman su patrimonio. Como es sabido, el precedente inmediato de nuestro Código Civil es el Proyecto de Código civil de 1851, obra de Florencio García Goyena, a la sazón un gran conocedor de la doctrina romanista[5]. El acervo recogido en dicho Proyecto no hace sido continuar en el Código vigente, prueba de ello, como es bien conocido, es que el Real Decreto de 2 de febrero de 1880, por el cual se promovía la elaboración de nuestro código actual, aceptara como base el precedente proyecto isabelino[6]. Pues bien, la amplia libertad de testar que concedía el Derecho romano, especialmente en la época arcaica y principios de la época clásica, no se refleja en nuestro Código y en sus antecedentes inmediatos, ni tampoco en materia de sucesión *mortis causa* se hacen aquellos eco del movimiento liberal económico predominante a la sazón, a diferencia de lo que acontece en materia de contratos y obligaciones. De nuevo el modelo es aquí el Código Napoleón, innovador en estos y conservador en aquella[7].

Por otro lado, es notorio que el concepto de familia que recoge el Código civil español en su primera redacción nada tiene que ver con el actual, como tampoco tenía demasiado que ver con el concepto romano. La regulación del divorcio, del matrimonio de parejas del mismo sexo, de las uniones de hecho *more uxorio*, etc., hace que nos encontremos ante una unidad familiar totalmente distinta a la imperante en el siglo XIX, a su vez en parte similar y en parte diferente a la realidad familiar romana[8]. En consecuencia, resulta lógico que hoy en día el testador no siempre desee que su herencia vaya a parar a manos de sus descendientes, o por lo menos de alguno de ellos, ya sea por falta de relación con ellos, ya por cualquier otro motivo, como la ingratitud o cualquiera deterioro de la relación paterno-filial, y prefiera por ello disponer de sus bienes en favor de terceros.

---

[5] A propósito de este tema resulta de interés A. TORRENT, «El código civil español en la secuencia comparatista de los fundamentos del derecho europeo», *Revista Internacional de Derecho romano,* 12, 2014, p. 157.

[6] *Vid.* sobre la cuestión F. SÁNCHEZ ROMÁN, *La codificación civil en España en sus dos periodos de preparación y de consumación. Estado del derecho civil de España, común y foral, antes y después de la promulgación del Código civil y trabajos preliminares para la formación de algunos apéndices del derecho foral (1811 a 1890),* Sucesores de Rivadeneyra, 1890, pp. 7-38.

[7] La cuestión de cómo se interpretaron las fuentes romanas en la doctrina francesa de los siglos XVII y XVIII, antecedente del Código napoleónico, ha sido bien tratada por A. J. ARNAUD, *Les origines doctrinales du Code civile français*, Paris, Libraire générale de droit et jurisprudence, 1969. Mientras que en materia de contrato recoge aquella las reglas romanas introduciendo, no obstante, el elemento distorsionador de la libertad individual; en cambio, respecto de la sucesión *mortis causa* se muestra más conservadora. Lo mismo ocurrirá con el Código de Napoleón.

[8] No es posible realizar aquí una comparación entre el Código Civil y otros ordenamientos de nuestro entorno. Me limitaré a señalar que en el caso del BGB el *Münchener Kommentar* (VI, Múnich, 2.ª ed., 1989, p. 1665) considera incluida la cautela Socini en el § 2306 del mismo cuerpo legal.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0720

Siendo evidente que, exceptuando las salvedades oportunas, no podemos decir hoy que la herencia, como ocurría todavía en el Derecho romano clásico, incluya la prosecución del culto familiar, o sea, de los *sacra* del difunto[9], o que la herencia sea la institución de comunidad patrimonial en la familia[10], sino que lamentablemente se ha visto reducida a una institución puramente económica. Este proceso ya tuvo lugar en Derecho romano clásico y su evolución en Derecho civil no ha sido más que una recepción de ese proceso.

Así pues, despojada en la actualidad la herencia de ese carácter sacramental, la muerte de una persona únicamente plantea la cuestión jurídica de la determinación del destino de su conjunto de bienes, derechos, obligaciones, acciones, etc.[11] y de quiénes son los llamados a heredar esa comunidad patrimonial. Analizado lo anterior, y si bien es cierto que el art. 658 CC afirma que la sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento, el testador tiene la obligación legal de dejar una parte cuantiosa de su patrimonio, la legítima, a sus descendientes, ascendientes y al cónyuge supérstite, según los casos, los denominados herederos forzosos, arts. 806 y ss. del mismo cuerpo legal.

Por consiguiente, en el territorio español donde rige el derecho común, y de manera más notoria si lo comparamos con otros ordenamientos como puedan ser el navarro o sobre todo el anglosajón, no hay una libertad amplia para designar a qué personas se quieren dejar los bienes y derechos al otorgar testamento, es decir, en la práctica, será la ley la que imponga al testador el deber de dejar a determinadas personas, a las que el CC llama herederos forzosos, una parte de su patrimonio, y no la voluntad del hombre manifestada en el testamento lo que va a regir la sucesión.

Planteado el debate sobre la falta de libertad de testar que actualmente tiene el causante y ante la cuantiosa legítima que impone el derecho común en favor de sus familiares, no podemos dejar a un lado las causas de desheredación e indignidad que recoge nuestro CC. En este sentido a diferencia de otros códigos civiles, en el Derecho patrio ambas figuras, aunque afines, presentan importantes diferencias. Mientras que la indignidad afecta tanto a la sucesión testada como a la intestada, la desheredación tiene que figurar en el testamento para que pueda desplegar sus efectos jurídicos, debiendo ser revocada de manera expresa si se pretende anular[12].

---

[9] P. Bonfante, *Instituciones de Derecho romano,* Reus S. A, 2002, 5.ª ed., p. 555. Este punto fue desarrollado por J. Miquel, *Agnación y culto a los antepasados: una reflexión sobre el método comparativo*, en *Collatio iuris romani. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65' anniversaire, II,* Arnsterdam, 1995, pp. 363-378.

[10] A. D'Ors, *Derecho Privado Romano,* Eunsa, 1973, 2.ª ed., p. 231.

[11] F. J. Casinos Mora, *Derecho Privado Romano,* Dykinson, 2016, p. 541.

[12] J. L. Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho civil. V. Sucesiones*, Dykinson, 2009, 4.ª ed., pp. 181, 182, 194 y 204.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0720

No obstante, no podemos perder de vista que sus causas son taxativas, lo que unido a la interpretación tan restrictiva[13] que de estas hace la jurisprudencia, tiene como consecuencia en la práctica forense la derogación tácita de ambas instituciones. Y todo ello a pesar de los intentos por parte del legislador de adecuar dichas causas a los tiempos actuales mediante importantes modificaciones en su redacción por varias leyes, pero que todavía distan de la realidad social existente, pudiendo citar entre otras:

— Ley 22/1978, de 26 mayo, sobre despenalización del adulterio y del amancebamiento.

— Ley 11/1981, de 13 mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

— Ley 30/1981, de 7 de julio, de modificación de la regulación del matrimonio en el Código Civil determinándose el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

— Ley 6/1984, de 31 marzo, de modificación de determinados artículos de los Códigos Civil y de Comercio y de las Leyes Hipotecarias, de Enjuiciamiento criminal y de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas sobre interdicción.

— Ley 11/1990, de 15 de octubre, reforma del Código Civil en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo.

— Ley 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

— Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad.

— Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

Prueba de las dificultades que encuentra el causante para testar conforme al criterio de su libérrima voluntad es el fenómeno del llamado *dumping* sucesorio[14] que permite el Reglamento de Sucesiones de la Unión Europea 650/2012 aprobado por el Parlamento Europeo y el Consejo de Europa el 4 de julio de 2012, cuyas disposiciones son aplicables en su totalidad desde el 17 de agosto de 2015.

A tenor del art. 21 del Reglamento, por regla general, la ley aplicable será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento, sin embargo, el art. 22 del mismo cuerpo legal faculta al testador escoger la ley del Estado cuya nacionalidad posea en el momento de realizar la elección, o en el momento del fallecimiento. En el caso de ser varias las nacionalidades que posea una persona, se podrá elegir la ley de cualquiera de los Estados cuya nacionalidad se ostente en el momento de realizar la elección, o en el momento del fallecimiento, pareciendo ser el único requisito que dicha elección de la ley aplicable sea hecha de forma expresa.

---

[13] Al desarrollarse este punto en otro artículo de esta obra resulta oportuno no entrar en el fondo del asunto.

[14] R. Lafuente Sánchez, *Cuadernos de derecho transnacional*, vol. 5, 2, 2013, pp. 350-370.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0720

Al ser aplicable a la totalidad de la sucesión la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento, el único escollo sería el de obtener la nacionalidad de dicho estado o el permiso de residencia allí donde la ley sucesoria le fuera más favorable. Y todo ello pese a este intento de unificación de criterios por parte del legislador europeo para regular la ley aplicable a la sucesión bajo los principios de unidad y universalidad.

Esta práctica ya ocurre con la regulación sucesoria de nuestro país, donde muchas veces el causante cambia de vecindad civil con el objetivo de que la ley que rija la sucesión le permita testar sin ataduras, evitando así desheredaciones artificiosas que serían tumbadas por las resoluciones de los tribunales. Pues como muy bien señala Valiño Arcos[15] («En España la sucesión se rige por la vecindad civil del causante al tiempo de su fallecimiento. Resulta posible cambiar de vecindad civil por residencia, concretamente diez años sin declaración en contrario o dos años, manifestando expresamente la voluntad de cambiar de vecindad. Asimismo, rige el principio de eficacia de los actos de disposición *mortis causa* que fueron válidos al tiempo de su otorgamiento, ello aun cuando tales manifestaciones de voluntad *mortis causa* no sean admisibles conforme a la legislación aplicable al tiempo del fallecimiento, como sucede, por ejemplo, con los pactos sucesorios, admitidos en las regiones forales y prohibidos, en cambio, con carácter general por el derecho común»).

Para probar que estos supuestos no son casos aislados sino que se encuentran bastante extendidos, al ser cada vez más los testadores que ponen todos los medios a su alcance para adquirir una determinada vecindad civil y, de este modo, conseguir un absoluto poder de disposición y distribución sobre los bienes que componen su patrimonio en vistas a otorgar testamento, a continuación, cito una serie de sentencias, tanto del Tribunal Supremo como de las Audiencias Provinciales, que pueden ayudar a entender la dimensión y extensión de la disyuntiva planteada.

Por un lado, la Sentencia del Tribunal Supremo, en adelante STS, de 5 de abril de 1994, marca los criterios jurisprudenciales que serán repetidos por las posteriores sentencias para establecer cuando un cambio de vecindad civil puede suponer una manera fraudulenta de testar. Dicha sentencia trata el siguiente caso: («Don Alberto y doña Dolores, que habían nacido en Préjano, donde también habían contraído matrimonio poseyendo durante su prolongada vida activa la vecindad del derecho civil común, por su larga residencia en Bilbao donde el esposo ejerció su profesión de comerciante, a la avanzada edad de setenta y seis y setenta y cinco años solicitaron y obtuvieron la vecindad foral vizcaína sin otra finalidad que la de, acogiéndose a dicha aparente eludir la aplicación de la ley sucesoria del derecho civil común a la que siempre habían estado sometidos y de

[15] A. Valiño Arcos, «*Consideraciones sobre la particularidad del derecho de sucesiones en España*», *Legal Roots. International Journal of Roman Law, Legal History and Comparative Law,* 2015, núm. 4, pp. 33-87.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0720

esa forma, desheredar prácticamente a sus dos hijos, siendo este comportamiento un supuesto claro de fraude de ley»).

En el mismo sentido, la STS de 14 de septiembre de 2009 enjuicia el supuesto de exclusión de la legítima en el testamento de doña Milagrosa a uno de sus dos hijos, situación permitida por el Fuero Nuevo de Navarra que regía las sucesiones. Con la demanda el hijo excluido de la legítima pretendía acreditar que la vecindad civil de la fallecida era la catalana, debiendo regirse el testamento de su madre por la ley sucesoria del derecho catalán, y no la navarra, como se alegaba, a pesar de haber declarado posteriormente en varios testamentos su deseo de conservar la vecindad navarra.

Se trata de un supuesto parecido donde los representantes de la causante intentan por todos los medios que el testamento se regule conforme a la ley navarra, como consecuencia de que la fallecida ostentaba dicha vecindad civil, pudiendo de este modo, desheredar «tácitamente» a uno de sus herederos forzosos sin incurrir en ningún ilícito. No obstante, el Tribunal Supremo entiende que la ley que debe regir el testamento es la del momento de su muerte, la catalana.

Otro ejemplo de esta línea jurisprudencial es la Sentencia de la Audiencia Provincial, en adelante SAP, de Madrid de 17 de marzo de 2008 donde la causa litigiosa gira en torno al otorgamiento de un testamento conforme al Fuero de Navarra efectuado por la causante que sin embargo ostentaba la vecindad civil común. Dicha sentencia declara la nulidad total del testamento y la validez de un testamento anterior que sí se ajustaba al derecho común. Los argumentos a favor de esta nulidad eran la vulneración de los arts. 6.2, 6.3 y 6.4 del CC.

En igual sentido, el mismo Tribunal en su sentencia de junio de 2013, resuelve la impugnación de un testamento abierto otorgado el 8 de febrero de 2002, cuya nulidad se pretende demostrar al haber sido otorgado por el causante bajo la normativa foral vizcaína. El testamento impugnado contenía dobles disposiciones testamentarias, unas con arreglo a su condición de aforado vizcaíno, y otras para el caso en que la ley aplicable a la sucesión fuera el Derecho común. El fallo de la sentencia declaró nulas las cláusulas establecidas por el Derecho vizcaíno y, por consiguiente, declaró aplicable a la sucesión el Derecho común.

No obstante, si bien es cierto que las sentencias antes mencionadas coinciden en señalar que las actuaciones de los testadores son fraudulentas, siendo la única finalidad del cambio de vecindad civil la de eludir la ley sucesoria que les resulta aplicable; sin embargo, y como advierte el profesor Lafuente[16], a diferencia de los que podría suceder en el caso de testar bajo una vecindad civil adquirida con la finalidad de desheredar tácitamente a los herederos, la práctica del llamado *dumping* sucesorio, no incurre en fraude de ley alguno, ya que es la propia normativa europea

[16] R. Lafuente Sánchez, *Cuadernos de derecho transnacional, cit.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0720

la que otorga esa posibilidad sin requisito alguno salvo el de adquirir la nacionalidad de un país cuyo derecho sucesorio sea más favorable para los intereses del testador.

Pues bien, una vez analizada la compleja situación en la que se encuentra el causante que quiere distribuir sus bienes entre terceros que no son sus familiares directos, o en el supuesto que quiera premiar a uno de ellos, someter la herencia a condición empleando la Cautela Socini posibilita de una manera sencilla y eficaz asegurar que la última voluntad del causante sea cumplida. En este sentido, aunque la condición para la transmisión de la herencia no puede ser imposible, contraria a la ley o a las buenas costumbres, nada impide al testador incluir en el testamento una cláusula condicional que para el heredero forzoso al que se pretende desheredar, le sea de difícil cumplimiento. Y es aquí donde entra en juego la llamada Cautela Socini. El condicionamiento de la herencia mediante tal cautela es en la práctica forense una facultad y un recurso que emplea el testador para sortear la rigidez de sistema de legítimas mediante el cual se asegura el cumplimiento de su última voluntad.

Cierto es que el debate doctrinal en torno a su legalidad todavía se encuentra presente, no obstante, este no se ha trasladado al ámbito jurisdiccional, pues a través de una pacífica e inveterada jurisprudencia el Tribunal Supremo ha admitido como válida la Cautela Socini al entenderla como una facultad del causante, siempre que esta no afecte a la legítima estricta. Sirvan de ejemplo sus recientes sentencias, de 21 de abril de 2015, de 3 de septiembre de 2014, de 17 de enero de 2014, de 6 de mayo de 2013, de 21 de noviembre de 2011 y de 27 de mayo de 2010, así como su antiquísima sentencia de 19 de noviembre de 1901.

A este propósito, llama la atención como en el CC actual la Cautela Socini no goza de una regulación específica, pues únicamente se ha incluido en el art. 820.3 de dicho cuerpo legal, anterior art. 649.3 del Código de 1851. En este sentido, el mencionado art. 820.3 del CC solo contempla el usufructo o renta vitalicia en favor del cónyuge viudo, por lo que su amplia aplicación, la cual a día de hoy abarca toda carga o limitación que se establezca con tal previsión, incluyendo la prohibición de impugnar el testamento, ha recaído sobre la doctrina y la jurisprudencia, tal y como recuerda la STS 8159/2011.

Sin embargo, el Derecho foral sí que recoge dicha cautela, constando una regulación más clara. Sirva de ejemplo el Código de Sucesiones de Cataluña, el cual la regulaba expresamente en su art. 360.II**,** y que actualmente de forma más difusa podemos encontrar su base en los arts. 423-13 a 423-19 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña[17], así como en otros Derechos forales, pudiéndose citar entre al respecto la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte aragonesa

[17] Al respecto cabe advertir que a día de hoy el libro cuarto del Código Civil de Cataluña no se encuentra publicado en el *BOE* como texto consolidado.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0720

(arts. 498 y 500, anterior 185.1) o la Compilación de las Islas Baleares (art. 49).

En lo que a las resoluciones de los tribunales se refiere resulta necesario traer a colación la STS de 17 de enero de 2014, la cual admite como válida la prohibición establecida por el testador de que sus herederos acudan a la intervención judicial o de terceros para dirimir sus diferencias sobre el reparto de la herencia, siendo su castigo en caso de no cumplir con esta condición heredar solo lo que por legitima estricta les corresponde. Dicha Sentencia afirma, como ya lo hiciera el art. 722 del proyecto de CC de 1851, y como lo hace el art. 423-18 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, que el incumplimiento de la prohibición no se produce por el mero recurso a la intervención judicial sino que es preciso valorar el fundamento del contenido impugnatorio que determina el recurso a dicha intervención, pues solo aquellos contenidos impugnatorios que se dirigen a combatir el ámbito dispositivo y distributivo ordenado por el testador desencadenan la atribución de la legítima estricta, como sanción testamentaria.

Por el contrario, sigue argumentando el Alto Tribunal, aquellas impugnaciones que no traigan causa de este fundamento y se dirijan a denunciar irregularidades, propiamente dichas, del proceso de ejecución testamentaria, tales como la omisión de bienes hereditarios, la adjudicación de bienes, sin la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales como, en su caso, la inclusión de bienes ajenos a la herencia diferida, entre otras, escapan de la sanción prevista en la medida en que el testador por ser contrarias a la norma.

De igual modo se expresa la STS de 21 de abril de 2015 donde el Tribunal Supremo vuelve a reconocer la validez de la Cautela Socini al afirmar que («la naturaleza y alcance de esta así como su validez como disposición testamentaria [SSTS de 17 de enero de 2014 (núm. 838/2013 y 3 de septiembre de 2014 (núm. 254/2014)]. En este sentido, y a los efectos que aquí interesan, resulta conveniente traer a colación la doctrina jurisprudencial contenida en dichas sentencias, reproduciendo lo señalado en los apartados 6 a 11 de la sentencia de 17 de enero de 2014. En efecto, conceptualmente analizada, y pese a su usual redacción bajo una formulación de sanción, la cautela Socini, al amparo de la voluntad del testador como eje vertebrador de la ordenación dispuesta (STS de 6 de mayo de 2013, núm. 280/2013) no constituye un *fraus legis* (fraude de ley) dirigido a imponer una condición ilícita (coacción) o gravamen directo sobre la legítima (813 del Código Civil), pues su alcance en una sucesión abierta y, por tanto, diferida, se proyecta en el plano del legitimario configurada como un derecho de opción o facultad alternativa que, sujeta a su libre decisión, puede ejercitar en uno u otro sentido conforme a sus legítimos intereses, esto es, ya aceptando la disposición ordenada por el testador, extremo que ya le sirve para calcular la posible lesión patrimonial de su derecho hereditario, o bien ejercitando la opción de contravenir la prohibición impuesta por el testador y solicitar la intervención judicial en de-

https://doi.org/10.55104/FRDC_0720

fensa de la intangibilidad de su legítima, decisión que le llevará a recibir únicamente lo que resulte de su legítima estricta, acreciendo el resto a los legitimarios conformes. Libertad de decisión que, en suma, una vez abierta la sucesión puede llevar, incluso, a la propia renuncia de la herencia ya diferida. Desde el plano conceptual señalado no se observa, por tanto, que la potestad dispositiva y distributiva del testador infrinja el límite dispositivo que a estos efectos desempeña la función de la legítima, pues la opción que necesariamente acompaña la configuración testamentaria de esta cautela, determina la salvaguarda de su esencial atribución patrimonial en la herencia, es decir, su derecho a recibir la legítima estricta»).

Expuesta tanto la regulación como la jurisprudencia al respecto, cabe preguntarse el motivo de la inclusión de la Cláusula Socini en los testamentos. A nuestro juicio, este tipo de cláusulas cumplen dos funciones básicas que pasamos a destacar:

1.ª Garantizar medios de vida al cónyuge supérstite.

No debemos olvidar que tanto en los regímenes forales como en el derecho común, el cónyuge viudo únicamente tiene derecho a una parte de la herencia en usufructo, por lo que a través de esta cláusula en el testamento, el causante puede otorgar a los herederos más de lo que por legítima les corresponde; sin embargo, no como propietarios, sino como nudos propietarios, contando el cónyuge viudo con el usufructo universal del total de la herencia, siendo este el gravamen que deberían soportar los descendientes.

De no respetar el usufructo universal en favor del cónyuge, los herederos verían su herencia reducida a la legítima estricta, pudiendo acrecer a los demás herederos que respetasen dicho gravamen, lo que supone un claro refuerzo al patrimonio del cónyuge supérstite.

En esta misma línea y siguiendo a Vaquer Aloy («cuando se otorga el usufructo universal de la herencia al cónyuge superviviente, erradicada de la práctica la *consuetudo Bulgari* en una sociedad urbana como el actual, lo que pretende el testador es asegurar la posición del cónyuge superviviente con el derecho de uso y goce más amplio que se puede configurar no resulta únicamente una cuestión de la primacía de la voluntad del testador cuando en el mismo testamento instituye herederos sus hijos y lega el usufructo universal a su cónyuge, sino que el propio Código de Sucesiones nos ofrece algunos argumentos de carácter lógico-sistemático que apuntan en la misma dirección»)[18].

2.ª Una desheredación velada que asegura la voluntad del testador.

Este punto resulta de gran interés en tanto en cuanto este tipo de cláusulas condicionadas o gravadas constituyen otro obstáculo para aquel que desee impugnar el testamento porque le parece que no ha recibido lo

[18] A. Vaquer Aloy, *Homenaje al profesor Lluis Puig i Ferriol*, J. M. Abril Campoy y M. E. Amat Llari (coords.), vol. 2, 2006, pp. 2443-2460.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0720

que merecía, al que debe sumarse la situación económica actual donde la aceptación de una herencia para muchos españoles resulta imposible[19] al tener que satisfacer los gastos que origina la aceptación como pueda ser el pago del impuesto de sucesiones, más si tenemos en cuenta que la mayoría de herencias se componen de activos inmobiliarios cuyo valor se ha depreciado vertiginosamente y que resultan de difícil venta y, por ende, este tipo de cláusulas se convierten en una útil herramienta para romper el automatismo de la transmisión *mortis causa* y quizás en una invitación al llamado a heredar que la sufre para no aceptar la herencia.

Por otro lado, garantiza al testador que el heredero mejorado considerablemente con dicha cláusula, solo podrá disfrutar de dicho beneficio si cumple escrupulosamente las directrices del causante. En este sentido, y en mi experiencia como abogado, he podido ver con sorpresa como normalmente se utilizaba esta cautela para dejar en manos de uno solo de los descendientes el negocio familiar, incluso, obligando a dicho heredero a terminar sus estudios universitarios para asegurarse así la buena llevanza de la empresa. Del mismo modo, no sería descabellado pensar que esta artificiosa cautela, pueda esconder una velada intención de desheredar, al ser consciente el causante que el descendiente jamás cumplirá la condición marcada o respetará el gravamen.

Finalmente, opino que instituir a una persona como heredero debe verse como una facultad del causante que quiere premiar por sus actos a un tercero, y no como un derecho del heredero o una obligación del testador que nace de un imperativo legal que obligue al testador a realizar malabarismos jurídicos, en este caso a través de la Cautela Socini, para que se respete su última voluntad sobre lo que en vida le perteneció. En este sentido, se ha sostenido que fue precisamente la falta de libertad de testar lo que produjo en la Navarra medieval desheredaciones artificiosas y muchas veces en contra de la ley, siendo la libertad de testar actual en el Derecho navarro la respuesta jurídica que se dio para evitar este tipo de situaciones[20].

---

[19] F. Núñez, «La crisis triplica las renuncias a recibir una herencia», *El Mundo,* 23 de julio de 2015, *http://www.elmundo.es/economia/2015/07/23/55affa9646163f35558b458b.html*.

[20] F. de Arvizu y Galarraga, «La desheredación por cinco sueldos en el Derecho altomedieval de Aragón y Navarra», *Anuario de Derecho Foral II* ,1976-1977, pp. 76-77.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0720

https://doi.org/10.55104/FRDC_0720