

# LA CAUTELA SOCINI COMO CONDICION TESTAMENTARIA

Antonio Espín Martínez  
Profesor Asociado de Derecho Civil y Abogado  
Universidad de Murcia

## SUMARIO

**I. DATOS PREVIOS. 1.1. Nueva realidad sociológica de la familia y de la propiedad. Hipótesis de partida. Cambio de paradigma de la función social de la herencia.**

## **II. LA LEGITIMA COMO LÍMITE A LA LIBERTAD SUCESORIA**

**2.1 El sistema sucesorio legitimario español en el Cc. 2.2 El sistema sucesorio en las compilaciones forales y en derecho comparado. 2.3 La libertad de testar en el *Common Law* y sus limitaciones.**

## **III. LA CAUTELA SOCINI COMO CONDICION TESTAMENTARIA.**

**3.1 Concepto de Cautela Socini. 3.2 Regulación en territorio común y aplicación jurisprudencial. 3.3 Regulaciones tanto en derecho foral como comparado de la Cautela Socini. 3.4 Propuestas de *lege ferenda* y conclusiones.**

## **BIBLIOGRAFIA**

### **I. DATOS PREVIOS. 1.1 Nueva realidad sociológica de la familia y de la propiedad. Hipótesis de partida. Cambio de paradigma de la función social de la herencia----ahora no se vive de ella.**

□ Es evidente que la realidad sociológica, con respecto al tipo de familia existente cuando se publicó el Cc español en el año 1889, ha cambiado profundamente. Hay nuevos tipos de familia, homosexuales, monoparentales, madres de alquiler, parejas de hecho, junto con el incremento del número de divorcios y la existencia de segundas parejas. También ha cambiado, la edad media a la que se recibe la herencia, está en los 50 años. Cuando ya las personas han llevado a cabo su proyecto de vida, y no se utiliza la herencia como mantenimiento del negocio familiar, o simplemente como mantenimiento, y continuidad por tus herederos, de los bienes rústicos o urbanos, que han pasado de generación en generación.

Además la esperanza de vida ha crecido considerablemente. Según el INE , los datos en España entre 1998 y 2018 (datos provisionales), en cuanto a la esperanza de vida de género masculino ha pasado de 75,4 a 80,5 años y la de las mujeres de 82,3 a 85,9 años, según los indicadores demográficos básicos que publica el INE anualmente. Además, junto con Japón, España es el segundo país a nivel mundial con una esperanza de vida más alta. Con frecuencia bienal a partir del año 2015, el INE elabora Proyecciones de Población con un horizonte de 50 años (2020-2070) para el total nacional y de 15 años (2020-2035) para las comunidades autónomas y provincias, según las características demográficas básicas (sexo, edad y generación).<sup>1</sup> Según las proyecciones del INE “la

---

<sup>1</sup> FUENTE: INE.

[https://www.ine.es/ss/Satellite?c=INESeccion\\_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout](https://www.ine.es/ss/Satellite?c=INESeccion_C&cid=1259926380048&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios%2FPYSLayout) ( última consulta el 19-1-2022).

esperanza de vida al nacimiento, alcanzaría los 83,2 años en los hombres y los 87,7 en las mujeres en el año 2035, lo que supone una ganancia respecto a los valores actuales de 3,2 y de 2,3 años respectivamente. Estos valores serían de 85,8 años de esperanza de vida al nacimiento para los hombres en el año 2069 y de 90,0 años para las mujeres en el año 2069.” Así podemos ver en el gráfico adjunto, la brecha de género entre sexos en cuanto a la evolución de la esperanza de vida al nacimiento.



El patrimonio se hace por el trabajo, y dado ese aumento de la esperanza de vida, se hereda como hemos dicho a cada vez una edad más avanzada. Por lo tanto hay una necesidad de reforma en materia de la legítima sucesoria, tal y como está regulada, puesto que el mantenimiento de la misma, en los términos en que está regulada, se contradice con la realidad social actual, puesto que la legítima, con la esperanza de vida que hay hoy en día, es entre 50 y 60 años cuando se recibe, y sin embargo es cuando más poder adquisitivo tienen los legitimarios. Lo que va contra la idea de la legítima en tiempos pretéritos de amparar a los descendientes, para que continuasen con la propiedad y explotación del patrimonio familiar.

## II. LA LEGITIMA COMO LÍMITE A LA LIBERTAD SUCESORIA.

### 2.1 El sistema sucesorio legitimario español en el Cc.

A la hora de regular el sistema sucesorio son cuestiones de política jurídica las que intervienen a la hora de dar más preponderancia a la familia, a perpetuar la propiedad o bien a intereses sociales. Siguiendo a DIEZ PICAZO Y GULLON<sup>2</sup>, la evolución del derecho sucesorio contemporáneo español ha sido la siguiente: 1) Una parte del caudal relicto va hacia la comunidad a través del Impuesto de Sucesiones, impuesto de carácter progresivo, según la lejanía parental con el causante. 2) Se instituye el principio de libre voluntad del causante, pero con el importante límite del sistema legitimario a favor de los herederos forzosos que no puede soslayar el causante.

Se puede decir que la codificación española lo que hizo fue la difuminación del heredero como tal y la patrimonialización de la legítima en la regulación del fenómeno sucesorio.<sup>3</sup>

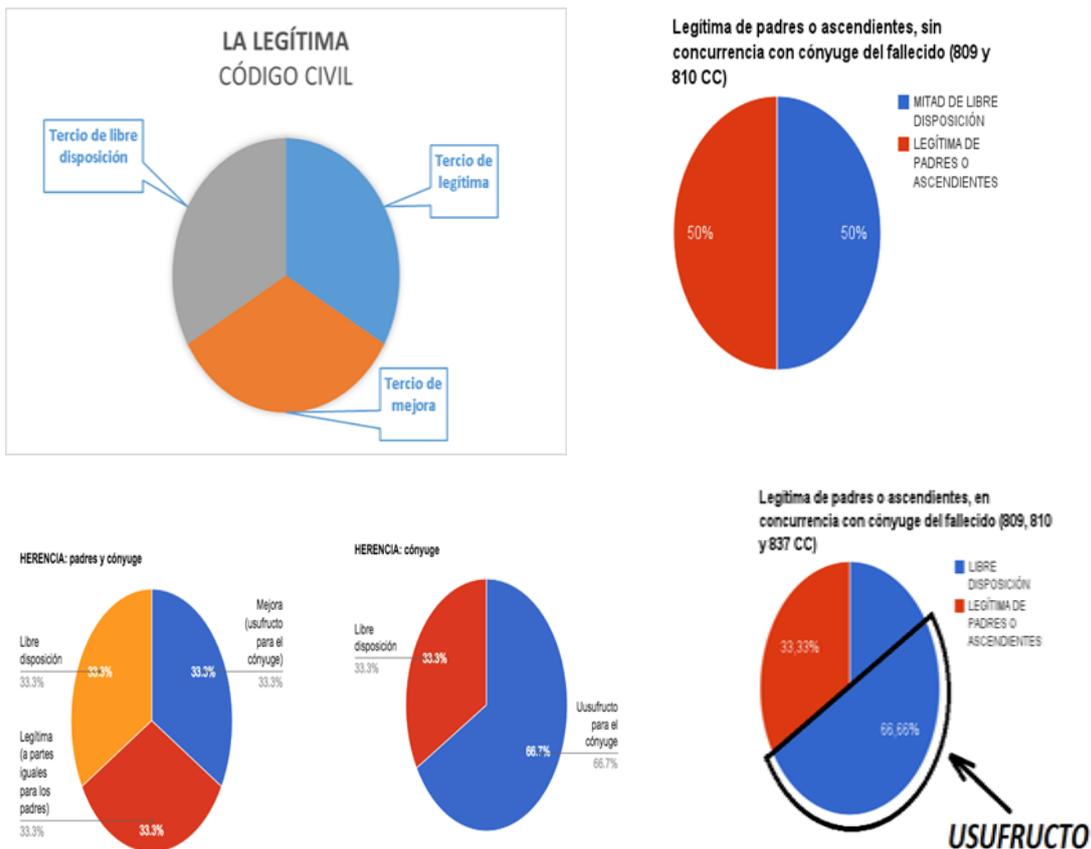
La regulación de la legítima la encontramos en los artículos 806 a 822 del Cc. Y los derechos del cónyuge viudo se encuentran regulados en los artículos 834 a 840 del Cc.

<sup>2</sup> DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, Edit. Tecnos, 7ª Edic. Madrid, 1997. pp 329-330

<sup>3</sup> ALVAREZ CAPEROCHIPI, A., *Curso de derecho hereditario*, Editorial Civitas, Madrid, 1990, pag. 25

En el sistema español del Cc, en territorio común, no existe la libertad de testar (está limitada cuantitativa y cualitativamente por el sistema de legítimas, con herederos forzosos). Así art. 807 Cc. Dice que son herederos forzosos: 1º Hijos y descendientes respecto de sus padres 2º) A falta de los anteriores padres y ascendientes respecto de sus hijos 3º) El viudo y la viuda en la forma que establece este código. Art. 834 (si concurre con descendientes 1/3 de la herencia pero en usufructo).

Os adjunto unos gráficos explicativos del reparto de los bienes hereditarios y el límite de la legítima sucesoria, conforme al Cc español.



Como puede comprobarse el límite de la legítima, constriñe verdaderamente la libertad de testar, y deja en territorio común, muy poca libertad para la libre disposición de los bienes. Hay sucesión testada pero limitada por la legítima, que supone un verdadero rompecabezas a la hora de interpretar el sistema sucesorio español, tanto por parte del testador, como por los profesionales- notarios, abogados, jueces, la doctrina jurídica- que tienen que aplicar, interpretar y estudiar la regulación prevista en el Cc. Y lo que es peor, que no se sabe si esta regulación es justa ante determinadas situaciones conflictivas con hijos, o ascendientes, que no se comportan como deberían en vida con el sucesor. La legítima supone una verdadera barrera legal para el *de cuius*, que debe incluir en su herencia, muchas veces a pesar de no desearlo, a los herederos forzosos.

El cónyuge: recibe la legítima dependiendo de si existen ascendientes y descendientes o no. Por tanto, el cónyuge sólo tiene derecho a la legítima en el supuesto de que no existan descendientes ni ascendientes del fallecido. No obstante, el cónyuge tiene

derecho al usufructo vitalicio del tercio de mejora, en caso de que existan descendientes. En caso de que existan ascendientes, el cónyuge viudo tendrá derecho al usufructo vitalicio de dos tercios de la herencia (fíjense que estamos hablando de usufructo, pero no de propiedad).

Creemos que es un sistema injusto para el cónyuge viudo<sup>4</sup>, puesto que incluso los ascendientes del cónyuge viudo tienen más derechos hereditarios, y también hay que dar la herencia a descendientes que han perdido la relación con sus padres, y la desheredación como todos sabemos, está tasada y su interpretación es estricta. Todo ello hace que se produzca dumping sucesorio de parejas en España, para tener una regulación más favorable, que le otorguen más libertad permitida en la UE)

## **2.2 El sistema sucesorio en las compilaciones forales y en derecho comparado.**

La regulación en los diferentes territorios con competencia en derecho foral en materia civil (Cataluña, País Vasco, Galicia, Aragón, Islas Baleares, Navarra) difiere sustancialmente del Cc, que recordemos solamente es de aplicación en territorio común. Se regulan y se permiten los pactos sucesorios, se amplían los derechos del cónyuge viudo o se da más importancia a la libertad de testar. En algunas regiones, se incluyen los heredamientos, en otras esta la institución del “apartamento”, etc... Con diferente enfoque, se puede decir que el derecho foral se está adaptando más rápidamente a las demandas que exigen los cambios de la estructura social que se están produciendo en el siglo XXI, que el derecho común no ha querido o no ha sabido hacer. No es aquí el lugar adecuado para hacer una exposición de toda la regulación foral. Pero se puede decir que en esencia los territorios forales dan mucha más libertad, Navarra que tenía una libertad de testar formal, Cataluña, que solamente deja un cuarto de legítima forzosa, algunos territorios del País Vasco, también tienen la libertad de testar, etc...

En los países latinoamericanos por influencia anglosajona hay en muchos de ellos libertad de testar, así en México, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica o Panamá.

## **2.3 La libertad de testar en el Common Law y sus limitaciones.**

La realidad del sistema inglés sucesoria se ha basado en creer que el padre como concededor de su familia, tendría libertad a la hora de distribuir sus bienes. En el brocardo conocido “*father knows best*”, se refleja esta idea<sup>5</sup>. Pero, debido a esta absoluta libertad, también se suceden injusticias por parte del testador o *de cuius*. Las injusticias cometidas por el disponente suelen ser dejar a su familia más cercana (*next of kin* en terminología inglesa) sin lo necesario para vivir o con muy poca parte de la herencia, y sin embargo,

---

<sup>4</sup> ESPIN MARTINEZ, A. En “La discriminación de la mujer en el Derecho Civil sucesorio (con mención a la legítima del cónyuge viudo): pasado, presente y futuro”. Investigación joven con perspectiva de género V. Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Estudios de Género, 2020, pp. 265-279. Se puede visitar en internet en: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/32390> (última visita el 20-1-2022).

<sup>5</sup> BARRIO GALLARDO, A. “Estudio histórico-comparado de la libertad de testar en Inglaterra y Aragón” publicado en Revista de Derecho Civil Aragonés- RDCA-2011- XVII, 2011, pp 45-92. Donde nos dice que también esta idea es clásica en los primeros tiempos de Roma y en el derecho histórico aragonés: “De forma semejante a como el pueblo romano se condujo, reinterpretado el *uti legassit* de las XII Tablas, al disponer de la herencia *secundum bonos mores*, de una forma más equitativa y más justa, igualmente, el pueblo inglés y el aragonés terminaron por separarse de las costumbres de sus mayores, y se hubieron, entonces, de tomar precauciones para paliar los excesos cometidos.” Ya veremos cuando estudiemos el sistema hereditario romano como destaca entre la legislación represora del lujo y la ostentación la *Lex Falcidia*.

dejar sus bienes en herencia a extraños a la familia, con lo que parece ser que va contra la naturaleza humana. El derecho inglés instituyó para corregir esas desviaciones en las que podía incurrir las *family provisions*. En estas, se otorga una facultad post mortem al juzgador de reescribir el testamento cuando no se han atendido adecuadamente las atenciones y reclamaciones de la familia más cercana. Estas ideas en torno, a convertir el derecho sucesorio de los familiares cercanos por vía de un crédito, a semejanza de la pensión alimenticia del sistema continental, se ha aplicado en la mayoría de los países anglosajones en los que se aplica el sistema del *Common Law*. Se regulan en la *Inheritance act* de 1975. Esta ley lo que hace es dar la oportunidad para que el tribunal pueda alterar la distribución llevada a cabo del patrimonio por la persona fallecida o *de cuius*, a favor de la esposa o cónyuge del causante, ex-cónyuge del causante que no haya contraído nuevas nupcias, pareja de hecho, los hijos, los hijastros de la familia o personas que el causante ha tratado como hijos y aquellas personas dependientes del causante.

Ante todo este panorama parte de la doctrina española y muchos notarios, abogan por la supresión de la legítima para instituir la libertad de testar<sup>6</sup>. Podríamos seguir sin problema, en territorio común, aumentar la libertad de testar, como se hace en otras regulaciones, y no supone límite alguno para que los cónyuges puedan darse mutuamente sus bienes hereditarios, sin tener que respetar las legítimas.

### III. LA CAUTELA SOCINI COMO CONDICION TESTAMENTARIA.

#### 3.1 Concepto de *Cautela Socini*.

En derecho común, dada la importante limitación que se produce a la hora de disponer de tus propios bienes, con el límite infranqueable de las legítimas, existen otros límites en materia sucesoria. Así, el testador, aparte de respetar la legítima, tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo (Art. 813 Cc). Dejando a salvo, casos excepcionales como los referentes a personas con discapacidad que ha sido reformando recientemente mediante la ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En los que si se permiten gravámenes y sustituciones fideicomisarias en favor de las personas con discapacidad.<sup>7</sup>

□ Puesto que muchas parejas van al notario con la intención de favorecer a la persona que ha estado junto a ella durante toda la vida, dejándole todos sus bienes, se encuentran con la sorpresa de que esto no es posible en la regulación actual. Y por ello, los notarios dentro de sus capacidades y dentro de la legalidad tratan de instaurar una institución jurídica denominada *Cautela Socini*<sup>8</sup>, como una especie de subterfugio jurídico para favorecer al cónyuge viudo, y además como forma de reforzar la voluntad testamentaria para el caso de fallecimiento que se cumpla la voluntad final del *De Cuius*.

---

<sup>6</sup> Las expresiones más rotundas contra la legítima proceden del sector profesional de los notarios. También se puede ver el artículo de PARRA LUCAN, M.A. “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio” Pag. 18 Publicado en AFDUDC, 13, 2009, pp 481-554.

<sup>7</sup> Si bien ya se permitía gravámenes y sustituciones en favor de personas incapacitadas judicialmente mediante la 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.

<sup>8</sup> Esta cautela debe su nombre al jurista italiano Mariano Socino que en el siglo XVI la defendió ante los tribunales.

El concepto de la misma, siguiendo a RAGEL SANCHEZ es el siguiente: “Es la previsión testamentaria que concede al legitimario la posibilidad de elegir entre aceptar la disposición del testador por la que se le concede más de lo que le corresponde por legítima, pero sujetando a esta a un gravamen, o limitarse a percibir lo que le corresponde en virtud de la legítima y renunciando al exceso”.<sup>9</sup>

□ Para mejorar al cónyuge viudo, se permite la inclusión de esta cláusula en el testamento, la llamada “*Cautela Socini*”. Que no es más que una cláusula de opción compensatoria de la legítima a favor de los legitimarios. En esta, el testador, normalmente, lega el usufructo universal de su herencia al cónyuge sobreviviente, y a su vez ofrece al heredero forzoso la opción compensatoria de elegir entre: 1) o bien la legítima estricta (si no acepta la condición impuesta del legado del usufructo universal a favor del cónyuge viudo) con la pérdida del tercio de libre disposición, que legaría al cónyuge sobreviviente. 2) o bien algún beneficio sucesorio, superior al que le correspondería como legítima estricta, si acepta ciertas cargas, condiciones o gravámenes (normalmente gravar la herencia con el usufructo universal de los bienes a favor del cónyuge o un tercero). Todo esto se hace con la finalidad de favorecer al cónyuge viudo, condicionando a los herederos forzosos para que no dejen desamparado al cónyuge viudo, o bien para imponerles una condición, por ejemplo, que uno de los herederos termine una carrera para continuar con el negocio familiar. El castigo, en este caso de la aplicación de la *Cautela*, sería como una especie o forma de desheredación parcial encubierta, para el caso de que no cumpla la condición impuesta el heredero forzoso.

Ejemplo paradigmático de esta cláusula de opción compensatoria o *Cautela Socini*, inserta en los testamentos es el siguiente: “Lega a su cónyuge el usufructo universal y vitalicio de su herencia, con relevación de inventario y fianza, y con facultad para tomar posesión por sí de este legado. Si alguno o algunos de los legitimarios no aceptase esta disposición y exigiese adjudicaciones en plena propiedad, quedará entonces reducida su parte a la que por legítima estricta le corresponda, acreciendo en este caso lo que por ello dejara de percibir a los demás legitimarios que respetaran esta voluntad. Y si son todos los legitimarios los que rechazasen este usufructo universal, lega a su citado consorte en pleno dominio el tercio de libre disposición, sin perjuicio de reconocerle además la cuota viudal legitimaria...”. Añadiéndose muchas veces también: “Queda prohibida la intervención judicial de la presente herencia. Para el caso de que alguno de los nudos propietarios la reclamara judicialmente, quedará privado de todo derecho indicado en la presente, dejando a salvo, única y exclusivamente, su parte proporcional de legítima estricta.”

### **3.2 Regulación en territorio común y aplicación jurisprudencial.**

Esta figura no está articulada legislativamente, pero si reconocida jurisprudencialmente. Sus límites están bien definidos por el Tribunal Supremo. Así se recoge en la sentencia de la Sala de lo Civil de fecha 17 de enero de 2014 (recurso número 731/2011. Ponente ORDUÑA MORENO), y la sentencia del TS de fecha 3 de septiembre de 2014 (recurso núm. 254/2014). En ellas se reconoce la legalidad de la “*Cautela Socini*” y se analiza la prohibición o condición, 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, que es la condición que pone el testador y deben cumplir sino quiere sufrir la sanción de recibir, ante el incumplimiento de esta prohibición, la legítima estricta. Puesto

---

<sup>9</sup> RAGEL SANCHEZ, L.F. *La cautela galdense o Socini y el art. 820.3 del Cc.* Dykinson. Madrid (2004) p.119

que hay varias sentencias del TS en el mismo sentido se podría considerar que es doctrina jurisprudencial. En ellas se reconoce la legalidad de la “*Cautela Socini*” y se analiza la prohibición o condición, 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, que es la condición que pone el testador. En concreto la STS de 3 de septiembre de 2014, fija como doctrina jurisprudencial que la “*Cautela Socini*”, válidamente configurada por el testador, no se opone ni entra en colisión con los derechos fundamentales de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva consagrados en el art. 24 CE, es admisible dentro de la libertad de testar y no constituye un fraude de ley dirigido a imponer una condición ilícita, ya que el testador no condiciona con la cautela la percepción de la legítima estricta, sino la atribución de una mayor participación sometida a gravamen. Concluye también el TS diciendo: “Por contra, aquellas impugnaciones que no traigan causa de este fundamento y se dirijan a denunciar irregularidades, propiamente dichas, del proceso de ejecución testamentaria, tales como la omisión de bienes hereditarios, la adjudicación de bienes, sin la previa liquidación de la sociedad legal de gananciales como, en su caso, la inclusión de bienes ajenos a la herencia diferida, entre otras, escapan de la sanción prevista por la *Cautela Socini*. Además no se incurre en vulneración del art. 813 de Cc con esta condición, ni tampoco se vulnera el art. 24 de la CE”. Por lo tanto los herederos si pueden denunciar, sin que les aplique la *Cautela Socini*, la omisión de bienes hereditarios, adjudicaciones de bienes sin previa liquidación de gananciales, o inclusión de bienes ajenos. Pero lo que no pueden hacer es ir a intervención judicial para dirimir sus diferencias en la forma del reparto de los bienes de la herencia. En este caso, sí que sería de aplicación la *Cautela Socini*.

Algunos autores encuentran apoyo legal mediante la aplicación analógica del artículo 820,3 del Cc . Así como en la posibilidad para el legitimario una vez abierta la sucesión de renuncia a su derecho a recibir la legítima sin gravamen alguno, ya que la prohibición se refiere a la renuncia futura hecha en vida del causante y no a la que se hace después de fallecido el causante y abierta la sucesión (art. 816 Cc). Pero la verdad es que el artículo 820.3 Cc no recoge el mismo supuesto que está previsto para la *Cautela Socini*.

También parte de la doctrina ha sostenido que esta cautela supone un artificio en fraude de ley en cuanto elude la norma que establece la intangibilidad cualitativa de la legítima, la doctrina predominante aboga por su validez por su utilidad y sobre todo apoyados en el hecho por el que no se coacciona la libre decisión del legitimario que, en todo caso, puede optar por recibir en plena propiedad la legítima estricta. Las sentencias citadas del TS abogan por su validez, y dejan claro que esta cláusula testamentaria no es fraude de ley.

### **3.3 Regulaciones tanto en derecho foral como comparado de la Cautela Socini.**

En España, en algunos territorios forales, sí que se recoge legalmente la *Cautela Socini*. Así el Dec. Legis. 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares, la regula en su artículo Art. 49.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> “La disposición a favor de un legitimario por valor superior a su legítima, con la expresa prevención cautelar de que, si no acepta las cargas o limitaciones que le imponen se reducirá su derecho a la legítima estricta, facultará aquel para aceptar la disposición en la forma establecida o hacer suya la legítima libre de toda carga o limitación”.

□ También en el Derecho Foral Gallego, se regula esta materia interpretando el art. 241 de la ley 2/2016 de Derecho Civil de Galicia. Puesto que en derecho foral gallego se permite el usufructo universal del cónyuge viudo, se permite pues la *Cautela Socini*.<sup>11</sup>

□ En el Cc Catalán art. 451.9-2 la recoge legalmente. En este caso se regula esta cautela tácitamente. El legitimario, en caso de que el valor del gravamen impuesto sea superior a su legítima, tiene el derecho a elegir entre este (el gravamen impuesto) o su legítima estricta.<sup>12</sup>

En derecho comparado el Cc Italiano la regula en el art. 550. Es cierto que sí que se prevé la *Cautela Socini*, pero tiene menos aplicación práctica que en España.<sup>13</sup>

### 3.4 Propuestas de *lege ferenda* y Conclusiones.

---

<sup>11</sup> Artículo 241. "Dejando a salvo el usufructo del cónyuge viudo ordenado con arreglo a la presente ley, no podrán imponerse sobre la legítima cargas, condiciones, modos, términos, fideicomisos o gravámenes de clase alguna. Si los hubiera se tendrán por no puestos".

□ Parece referirse la norma al usufructo universal conferido al viudo. En consecuencia, no cabe en el derecho civil gallego la opción del artículo 820.3 del Código Civil respecto del usufructo universal del viudo (Sentencia del TSJ de Galicia de 21 de noviembre de 2003; Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 30 de diciembre de 2016; Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 29 de julio de 2011). El autor GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, P, en Notario del Siglo XXI, Madrid, Marzo-Abril de 2009. Num. 24 Respecto de la legislación gallega nos dice: "También merece aplauso la regulación del usufructo a favor del viudo de la totalidad de la herencia que cabe pactar en escritura pública o mediante testamento y que supone un complemento ideal respecto de la legítima solucionando, de una vez, los problemas que se producen en aplicación de la *cautela socini*."

<sup>12</sup> Así se recoge en la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. En el Artículo 451-9. Intangibilidad de la legítima.

1. El causante no puede imponer sobre las atribuciones hechas en concepto de legítima o imputables a esta condiciones, plazos o modos. Tampoco puede gravarlas con usufructos u otras cargas, ni sujetarlas a fideicomiso. Si lo hace, estas limitaciones se consideran no formuladas.

2. Como excepción a lo establecido por el apartado 1, si la disposición sometida a alguna de las limitaciones a que se refiere dicho apartado tiene un valor superior al que corresponde al legitimario por razón de legítima, este debe optar entre aceptarla en los términos en que le es atribuida o reclamar solo lo que por legítima le corresponda.

3. Si el legitimario acepta la herencia o el legado sometidos a alguna limitación, se entiende que renuncia al ejercicio de la opción establecida por el apartado 2.

<sup>13</sup> Así lo dice el Cc italiano de 1942. Art. 550 Lascito eccedente la porzione disponibile:

Quando il testatore dispone di un usufrutto o di una rendita vitalizia (1872) il cui reddito eccede quello della porzione disponibile (556), i legittimari (536), ai quali è stata assegnata la nuda proprietà della disponibile o di parte di essa, hanno la scelta o di eseguire tale disposizione o di abbandonare (1350) la nuda proprietà della porzione disponibile. Nel secondo caso il legatario, conseguendo la disponibile abbandonata, non acquista la qualità di erede (588). La stessa scelta spetta ai legittimari quando il testatore ha disposto della nuda proprietà di una parte eccedente la disponibile. Se i legittimari sono più, occorre l'accordo di tutti perché la disposizione testamentaria abbia esecuzione.

Le stesse norme si applicano anche se dell'usufrutto, della rendita o della nuda proprietà è stato disposto con donazione.

Cc italiano Art. 550 Legado superior a la porción disponible

Cuando el testador dispone en usufructo o una renta vitalicia (1872) cuyos ingresos exceden a los de la porción disponible (556), los legitimarios (536), a quienes se ha cedido la nuda propiedad de lo disponible o parte de él, tienen la opción de ejecutar esta disposición o de abandonar (1350) la nuda propiedad de la porción disponible. En el segundo caso, el legatario no adquiere la condición de heredero al tener la disponibilidad abandonada (588).

La misma elección corresponde a los legitimarios de derechos cuando el testador ha dispuesto de la nuda propiedad de una parte superior a la disponible. Si los legitimados son más, es necesario el acuerdo de todos para que se cumpla la disposición testamentaria. Se aplican las mismas reglas incluso si el usufructo, la renta vitalicia o la nuda propiedad se han dispuesto mediante donación."

Proponemos que se regule legislativamente la *Cautela Socini* en nuestro Cc, y que se haga tal y como está reconocida por la Jurisprudencia del TS y la doctrina de la DGRN, y siguiendo el ejemplo de la regulación del Código Civil Italiano, y la legislación sucesoria gallega, balear y catalana, y la propuesta de Cc de la APDC<sup>14</sup>. La APDC nos propone la inclusión del artículo 467.19, que recoge la *Cautela Socini*. En concreto proponen en el art. 467.19.3, lo siguiente: “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”. Por lo que se permite la aplicación de la *Cautela Socini* mediante la introducción de este artículo.

E incluso hay autores que quieren ampliar los términos de la *Cautela Socini*. Así encontramos interesante la propuesta de SANCHEZ-ROS GOMEZ, Notario de Sevilla, que propone introducir el criterio de la doble decisión.<sup>15</sup> En primer lugar sería el cónyuge viudo quien decide si prefiere el pleno dominio del tercio libre disposición y el usufructo del tercio de mejora o si prefiere, en cambio, el usufructo universal. Sólo si el cónyuge viudo ha optado por el usufructo universal entraría en juego el derecho de opción de los legitimarios, mediante la *Cautela Socini*. Esta autor propone la inclusión de la siguiente propuesta para insertarla en los testamentos:

“... PRIMERA.- Sin perjuicio de que puede ejercitar la facultad de mejorar a los legitimarios de conformidad con lo dispuesto en el artículo 831 es su voluntad legar a su cónyuge, o bien el pleno dominio del tercio libre y el usufructo del tercio de mejora, o bien usufructo universal y vitalicio de su herencia, con relevación de inventario y fianza, y con facultad para tomar posesión por sí de este legado. En el caso de que elija el usufructo universal si alguno o algunos de los legitimarios no aceptase esta disposición y exigiese adjudicaciones en plena propiedad, quedará entonces reducida su parte a la que por legítima estricta le corresponda, acreciendo en este caso lo que por ello dejara de percibir a los demás legitimarios que respetaran esta voluntad. Y si son todos los legitimarios los que rechazasen este usufructo universal, lega a su citado consorte en pleno dominio el tercio de libre disposición, además de reconocerle además la cuota viudal legitimaria...” Esta propuesta es interesante, puesto que así no pone a los herederos en la tesitura de tener que optar ellos por la legítima estricta o la herencia gravada, con los problemas que ello conllevaría entre la familia. La opción la tendría el cónyuge en un principio, y solamente si opta por el usufructo universal, entraría en juego la *Cautela Socini*, y así se ahorrarían muchos disgustos y disputas entre familiares cercanos en lucha por bienes hereditarios, eternizando judicialmente el reparto de esos bienes.

□ **Conclusiones:** En materia sucesoria debe darse una reforma urgente. Todo ello para adaptar las instituciones jurídicas a las nuevas realidades sociales, puesto que lo que deben hacer los legisladores es regular las situaciones que acontecen en nuestro quehacer diario, sin generar nuevos problemas jurídicos. Una solución sería regularla, como hemos visto que existe en otros ordenamientos jurídicos, tanto en la regulación de los territorios

---

<sup>14</sup> Se puede consultar íntegramente esta obra ( propuesta de Cc de la APDC) en la siguiente dirección: [https://www.derechocivil.net/images/libros/obra\\_completa.pdf](https://www.derechocivil.net/images/libros/obra_completa.pdf) ( última consulta el 20-1-2022)

<sup>15</sup> Se puede ver su opinión en la página web: <http://www.notariadesevillanervion.com/2017/02/la-cautela-socini-la-necesidad-de-un.html> (última visita el 20-1-2022). SANCHEZ-ROS GOMEZ, J.M La cautela socini: La necesidad de un nuevo planteamiento.

forales, como en derecho comparado, como también hace la propuesta de la APDC, en mi opinión de forma acertada.

□ Un reforma sucesoria de la legítima de fondo, sería mucho más conveniente. El hecho de que 2/3 de la herencia vayan a hijos o descendientes, es una barbaridad, que hace que los cónyuges tengan muy poca posibilidad de dejarse mortis causa bienes del uno para el otro. Así vemos interesantes la propuesta de rebajar la legítima a 1/3 o ¼ ( o 1/2 como hace la propuesta de Código Civil APDC). Se deberían también permitir los testamentos mancomunados, pactos sucesorios entre cónyuges, alterar el orden sucesorio, como ya han llevado a cabo otros ordenamientos, del cónyuge con respecto a los ascendientes. O bien reservar la vivienda familiar para el cónyuge sobreviviente. Igual que se permite con discapacitados o bien permitir dejar el usufructo universal de los bienes como hace la propuesta de CC de la APDC.

O quizás deberíamos plantearnos ante una posible reforma ser mucho más valientes, y seguir como hacen los sistemas anglosajones, que permiten la libertad absoluta de testar, con el límite de las “*family provisions*”, o como también se recoge en el derecho foral navarro y suprimir el sistema legitimario. Con la supresión del sistema legitimario, no harían falta estos subterfugios jurídicos y este rompecabezas que muchos notarios tienen que hacer, como ejemplo de ellos es la *Cautela Socini*, y todo ello simplemente para favorecer a tu cónyuge, que ha compartido en muchos casos más de media vida contigo, y cuando tienes una descendencia, que como vimos con los actuales niveles de esperanza de vida, ya está totalmente independizada y no necesita los bienes hereditarios para su subsistencia. Dejando la libertad de testar de forma más absoluta supondría evitar todos esos problemas legales que pueden surgir a la hora del reparto de la herencia con el actual sistema legitimario. Y finalmente, la libertad absoluta de testar, sería mucho más acorde con el derecho constitucional a la propiedad privada y a la herencia, reconocido en el art. 33 de la CE, puesto que el sistema legitimario coarta la libre disposición de los bienes por parte del testador y por lo tanto su derecho a distribuir como quiera su propiedad privada. La pelota está en el tejado de la comisión general de codificación, y en la acción y reforma necesaria en esta materia por parte del poder legislativo. La legislación sucesoria, en esta materia especialmente, necesita una reforma urgente en pos de adecuar las normas a la realidad social.

## BIBLIOGRAFIA

ALVAREZ CAPEROCHIPI, A., *Curso de derecho hereditario*, Editorial Civitas, Madrid, 1990, pag. 25

BARRIO GALLARDO, A. “Estudio histórico-comparado de la libertad de testar en Inglaterra y Aragón” publicado en Revista de Derecho Civil Aragonés- RDCA-2011- XVII, 2011, pp 45-92

DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. IV, Edit. Tecnos, 7ª Edic. Madrid, 1997. pp 329-330

ESPIN MARTINEZ, A. En “La discriminación de la mujer en el Derecho Civil sucesorio (con mención a la legítima del cónyuge viudo): pasado, presente y futuro”. Investigación joven con perspectiva de género V. Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Estudios de Género, 2020, pp. 265-279. Se puede visitar en internet en: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/32390> (última visita el 20-1-2022).

GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, P, en Notario del Siglo XXI, Madrid, Marzo-Abril de 2009. Núm. 24.

PARRA LUCAN, M.A. “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio” Pag. 18  
Publicado en AFDUDC, 13, Madrid, 2009, pp 481-554

RAGEL SANCHEZ, L.F *La cautela galdense o Socini y el art. 820.3 del Cc.* Dykinson. Madrid  
(2004) p.119

SANCHEZ-ROS GOMEZ, J.M “La cautela socini: La necesidad de un nuevo planteamiento.”  
<http://www.notariadesevillanervion.com/2017/02/la-cautela-socini-la-necesidad-de-un.html>  
(última visita el 20-1-2022)