

LAS CAUTELAS DE OPCIÓN COMPENSATORIA DE LA LEGÍTIMA

*Testamentary cautions
of compensatory option*

MARÍA DEL PILAR PÉREZ ÁLVAREZ

Universidad Autónoma de Madrid

Resumen: desde la aparición de la legítima, la preocupación de los juristas de todas las épocas ha sido conjugar la voluntad del testador y su protección. La vía de flexibilización fueron las llamadas cautelas testamentarias, que proliferaron en época medieval para atemperar las severas consecuencias de lo preceptuado por la legislación justiniana sobre la intangibilidad de la legítima. Una de las cautelas medievales más conocidas es la cautela Socini, de Mario Socino (s. XIV). En este trabajo veremos cuáles son las soluciones que nos ofrece la historia y el Derecho comparado para conseguir la flexibilización de las normas que protegen la legítima.

Palabras clave: Libertad de testar. *Portio legitima*. Intangibilidad de la legítima. Cautelas testamentarias. Cautela Socini. Recepción del Derecho romano. Codificación.

Abstract: since the appearance of the reserved portion, the concern of lawyers of all times has been to combine the will of the testator and its protection. The way to make it more flexible were the so-called testamentary cautions, which proliferated in medieval times to temper the severe consequences of the provisions of Justinian legislation about the intangibility of the legitimate. One of the best-known medieval cautions is the Socini caution, by Mario Socino (14th century). In this study we will analyse the solutions that history and comparative law offer us to achieve the flexibility of the norms that protect the reserved portion.

Keywords: Freedom of testation. *Portio legitima*. Intangibility of the reserved portion. Testamentary cautions. Socini caution. Roman Law reception. Codification.

SUMARIO: I. Introducción. II. La libertad de testar y sus límites en el Derecho romano. III. La protección de la porción legítima en Derecho romano. IV. Formulación medieval de las cautelas de opción compensatoria de la legítima. V. La repercusión de la cautela Socini tras su formulación. VI. Las cautelas durante la codificación. Opción compensatoria legal del *Code* y su influencia en los códigos decimonónicos. VII. La

legítima y la cautela Socini en el Derecho español. VII.1. La legítima y la intangibilidad cualitativa de la misma. VII. 2. Las cautelas de opción compensatoria de la legítima. VIII. Recapitulación y conclusiones finales.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la aparición de la legítima, la preocupación de los juristas de todas las épocas ha sido conjugar la voluntad del testador y la protección de aquella. Para ello, se consideró necesario moderar la rigidez de la legislación para conseguir sustraerse a las consecuencias demasiado rigurosas de la aplicación de la ley. Se utilizaron las cautelas jurídicas que –según Brugi–¹ constituyen fórmulas o remedios elaborados por los juristas para concluir prudente y exactamente los actos jurídicos.

Estas cautelas son producto de la jurisprudencia medieval más que de la romana. Efectivamente, los jurisconsultos romanos asesoraban (*cavebant*)² a las partes negociales sobre las garantías y cautelas a la hora de concluir los negocios jurídicos para conseguir los efectos queridos por las partes y reconocidos por el ordenamiento, mitigando así el rigor del Derecho civil y consiguiendo eludir los estrechos márgenes de lo establecido por el ordenamiento. Sin embargo, aquellas garantías no llegaron a presentar el profuso grupo de cautelas medievales, ambiguas e inútiles, que frecuentemente representaron un verdadero fraude de ley. En este sentido, Brenkmann³ las califica como remedios con los que los juristas tienden a la equidad natural salvando el excesivo rigor de la ley.

1. BRUGI, B., s.v. *Cautelae*, *NNDI*, III, Torino, 1957, pp. 51.

2. Cic., *De orat.*, 1.48; *De off.*, 2.19; *ad fam.*, 7.6; *pro Mun.*, 9 y 12. Los juristas romanos ya asesoraban a las partes sobre las garantías y cautelas que debían llevar a cabo en los actos jurídicos para conseguir los fines queridos por las partes y reconocidos por las normas. De este modo, adaptaban la voluntad de los particulares al espíritu de las normas jurídicas.

3. BRENKMAN, H., *Eurematicis diatriba: sive. In Herennii Modestini librum singularem, peri eurêmatikôn, commentarius*, Lugduni Batavorum, F., Haaring, 1706, Cap. I, n. III, p. 9: «*Remedia esse, quibus jurisconsulti nimium juris rigorem, inventis verborum fraudibus, ad aequitatem naturalem influnt reducuntque*».

Una de las cautelas medievales más conocidas es la llamada cautela Socini,⁴ elaborada por Mario Socino en el siglo XIV, pero no fue la única. En este trabajo veremos cuáles son las soluciones que nos ofrece la historia y el Derecho comparado para conseguir la flexibilización de las normas que protegen la legítima.

II. LA LIBERTAD DE TESTAR Y SUS LÍMITES EN EL DERECHO ROMANO

El Derecho romano parte de la libertad de testar reconocida ya por las *XII Tablas*, Tab. 5.3. *Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*.⁵ Las fuentes, tanto jurídicas como literarias,⁶ nos ofrecen distintas

4. En la práctica jurídica y notarial española la cautela gualdense o Socini está plenamente reconocida. Algunos de los estudios más sobresalientes sobre el tema fueron escritos por ilustres notarios en el siglo pasado. Así, por ejemplo, GONZÁLEZ PALOMINO, J., «El usufructo universal del viudo y los herederos forzosos», *Revista de Derecho Privado*, 1936, pp. 160-203. o VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La opción legal del legitimario cuando el testador ha dispuesto un usufructo o una renta vitalicia que sobrepase la porción disponible», *Anuario de Derecho Civil*, 1962, n.º 15, fasc. 3, pp. 589- 616. Id., «Perspectiva histórica de las cautelas testamentarias». *Anuario de Derecho Civil*, 1963, 16, fasc. 2, pp. 281-344; Id., «Cautelas de opción compensatoria de la legítima» en *Estudios de Derecho sucesorio*, Vol. III: *Estudios dispersos sobre las legítimas*, 1.ª ed., Madrid, Montecorvo, 1981, pp. 291 y ss. (= *Centenario de la Ley del Notariado*, Sec. III. Estudios Jurídicos, v. I, Madrid, 1964, pp. 399-708). Los trabajos de este último autor son de lectura obligada para aquellos que quieran realizar un estudio de las cautelas testamentarias desde un punto de vista histórico.

Entre las monografías más recientes y relevantes sobre la cautela Socini, se encuentran por orden cronológico de aparición: REAL PÉREZ, A., *Usufructo universal del cónyuge viudo en el Código Civil*, Madrid, Civitas, 1988, sobre todo en las pp. 115 a 291; CABEZUELO ARENAS, A. L., *Diversas formas de canalización de la cautela socini*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002 y RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La cautela gualdense o Socini y el artículo 820.3.º del Código Civil*, Madrid, ed. Dykinson, 2004.

5. RICCOBONO, S., *Fontes Iuris romani anteiustiniani*, pars I, Florentia, Barberà, 1968, p. 37 y ss.

6. Las fuentes nos ofrecen distintas versiones de la regla: a) La ofrecida por Ulp. 11.14: *Uti legas- sit super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*; b) La ofrecida por Gayo 2.224 y D. 50.16.120 (Pomp. 1.5 ad quantum Mucl.; I. 2.22.pr.): *Uti legassit suae rei ita ius esto*. Cfr. Nov. 22: *Uti legassit quisque de sua re ita ius esto* y c) la recogida

versiones de esta regla que fue acogida y transmitida por la jurisprudencia clásica hasta llegar a la compilación de Justiniano.

Pomponio, siguiendo al jurista republicano Quinto Mucio,⁷ recuerda las palabras de la Ley de las *XII Tablas*:

D. 50.16.120 (Pomp. l. 5 ad Q. Mucio). «Verbis legis duodecim tabularum his «uti legassit suae rei, ita ius esto» latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi. sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium».

El jurista antoniniano interpreta el sentido de la norma como *latissima potestas* para instituir heredero, para ordenar legados y libertades y constituir tutelas, si bien aclara para su época que esto ha sido restringido o por la interpretación de las leyes o por la autoridad de los que constituyen el Derecho.

El *uti legassit* concedería al *civis* romano del siglo V a. C., ya sea patricio o plebeyo, la libertad de decidir sobre su patrimonio con discrecionalidad, sin imponerle límite de ningún tipo. De este modo se refuerza la posición del *pater familias*, que gestiona con independencia su patrimonio.⁸ Sin embargo, la libertad de disponer por testamento se va restringiendo a lo largo de la época republicana. Una primera limitación es la introducida por la regla *sui heredes instituendi sunt, vel exheredandi*, recordada por Gayo, 2.123,⁹ y Ulp., 22.14;¹⁰ en virtud de ella, el testador debía mencionar a los *sui*, bien para instituirlos herederos, o

por Cicerón en *De inv.* 2.50.148 y *Auct. Ad Herenn.*, 1.13.23: *pater familias uti super familia pecuniave sua legassit ita ius esto*.

7. Para Voci la primera parte del texto pertenece a Quinto Mucio, en un período en el que las limitaciones a la libertad de testar son todavía pocas y de poco calado. En concreto, de la época en que está vigente la *lex Voconia*. *Vid.* VOCI, P., *Diritto ereditario romano*, I, 2.^a edic., Milano, Giuffrè, 1963, pp. 5 y ss.

8. Afirma Schulz que, a partir del siglo III a. C., el ciudadano romano goza de una libertad ilimitada para disponer por testamento. *Vid.* SCHULZ, F., *Derecho Romano clásico*, Tr. José Santa Cruz Teijeiro, Barcelona, Bosch, 1960, p. 195.

9. Gayo 2.123. *«Item qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum uel heredem instituat uel nominatim exheredet; alioquin si eum silentio praeterierit, inutiliter testabitur».*

10. *Tit. ex corpore Ulpiani* 22.14. *«Sui heredes aut instituendi sunt aut exheredandi».*

bien para desheredarlos formalmente, pero no podía preterirlos.¹¹ Las consecuencias de no hacerlo así, nos las transmite el propio Gayo: *ali-quin si eum silentio praeterierint, inutiliter testabitur*. Esta limitación es de carácter formal, pues nada impide al testador otorgar un testamento con una *exheredatio* de los *sui* donde instituya como heredero a una persona ajena a su familia.¹²

De los textos mencionados se deduce que el principio estaba plenamente admitido en la época clásica. La cuestión es saber en qué momento surgió. Algunos autores¹³ lo sitúan en una época muy antigua y consideran que, puesto que la ley de las *XII Tablas* califica como heredero al *suus*, quien hubiese querido instituir heredero a un extraño debía privar al *suus* de tal calificación *ex lege* mediante *exheredatio*.

Otros autores¹⁴ sitúan el nacimiento del principio en algún momento de la época republicana, después de la redacción de las *XII Tablas* y, para ello, se basan en dos textos de Cicerón y Valerio Máximo, respectivamente.

Cic. *De orat.* 1.38.175. «*Quid? Si ne paruae quidem causae sunt, sed saepe maximae, in quibus certatur de iure ciuili, quod tandem os est eius patroni, qui ad eas causas sine ulla scientia iuris audet accedere? Quae potuit igitur esse causa maior, quam illius militis? De cuius morte cum domum falsus ab exercitu nuntius uenisset et pater eius re credita testamentum mutasset et, quem ei uisum esset, fecisset heredem essetque ipse mortuus, res delata est ad centumuiros, cum miles domum reuenisset egissetque lege in hereditatem paternam testamento exheres filius. (Nempe) in ea causa quaesitum est de iure ciuili, possetne paternorum bonorum exheres esse filius, quem pater testamento neque heredem neque exheredem scripsisset nominatim*».

11. El pretor amplió la categoría de aquellos que no podían ser preteridos, concediendo la *bonorum possessio contra tabulas* también a los *liberi emancipati* no nombrados en el testamento. *Vid.* SANGUINETTI, A., «Considerazioni sull'origine del principio *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*», *SDHI*, LIX, 1993, pp. 259-278, p. 259.

12. *Vid.* FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La legitimación de los parientes colaterales en la impugnación del testamento inoficioso», *SDHI*, 55, 1989, pp. 173-198, p. 98.

13. *Vid.*, entre otros, VOCI, P., *Diritto ereditario romano*, II, 2.^a edic., Milano, Giuffrè, 1967, p. 112; BURDESE, A., *Manuale de diritto privato romano*, 4.^a ed., Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1993, p. 665.

14. *Vid.* SANGUINETTI, A., «Considerazioni...», *cit.*, pp. 259 y ss.; D'ORTA, M., *Saggio sulla «heredis institutio»*. *Problemi di origine*, Torino, Giappichelli, 1996, pp. 71 y ss.

Del mismo caso se hace eco Valerio Máximo:

Val. Max., *Fact. et dicta mem.*, 7.7.1. «*Militantis cuiusdam pater, cum de morte filii falsum e castris nuntium accepisset, aliis heredibus scriptis decessit. peractis deinde stipendiis adulescens domum petiit: errore patris, impudentia alienorum sibi clausam reperit: quid enim illis inuerecundius? florem iuuentae pro re publica absumpserat, maximos labores ac plurima pericula tolerauerat, aduerso corpore exceptas ostendebat cicatrices, et postulabant ut auitos eius lares otiosa ipsi urbi onera possiderent. itaque depositis armis coactus est in foro togatam ingredi militiam: acerbe: cum inprobissimis enim heredibus de paternis bonis apud centumuiros contendit: omnibusque non solum consiliis sed etiam sententiis superior discessit*».

Ambos pasajes nos recuerdan el caso de un *pater familias* que, habiendo recibido la noticia de la muerte de su hijo en la guerra, cambió su testamento e instituyó herederos a unos extraños. El hijo regresó a casa después de la muerte de su padre y citó a juicio a los herederos testamentarios. A partir de aquí, los autores inciden en aspectos diferentes. Mientras Cicerón se centra en los aspectos jurídicos del caso e indica claramente que el padre había hecho testamento y que, después de la llegada del *nuntius*, lo había cambiado, Valerio Máximo se fija en el lado más humano del caso y se limita a decir que el padre murió *aliis heredibus scriptis* e informa sobre el resultado del proceso iniciado ante el tribunal de los *centumviri* que falla a favor del joven soldado: ... *non solum consiliis sed etiam sententiis superior discessit*.¹⁵

El texto *De oratore* nos confirma que el *pater* no había mencionado nominativamente a su hijo ni para instituirlo heredero ni para desheredarlo, por lo que es lógico pensar que el principio *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi* estaba explícitamente formulado a finales de la República, en concreto en el año 55 a. C., fecha en que fue finalizada la obra de Cicerón (o incluso anteriormente, en el año 91 a. C., donde se sitúa el diálogo).

15. Este último testimonio sobre diversas sentencias podría significar que el tribunal juzgó dividido en secciones. Casos semejantes se encuentran en Plin., *Epist.* 6.33.2-6 y en D.5.2.24 (*Ulp. l. 48 ad Sab.*). *Circa inofficiosi querellam evenire plerumque assolet, ut in una atque eadem causa diversae sententiae proferantur...*

No obstante, Watson¹⁶ considera que al comienzo de la primera centuria a. C. (91 a. C.) no era necesario que el *filius* fuera desheredado *nomi-natim*, sino que bastaría con una desheredación *inter ceteros*. Tal interpretación estaría en armonía con la información que ofrece Justiniano en la constitución del año 531, C. 6.28.4,¹⁷ donde el emperador recuerda que inicialmente también los *filii* podían ser desheredados *inter ceteros* y que solo por obra de los *centumviri* se llegó a pedir la *exhereditatio nomi-natim facta*. Para este autor, el texto de Cicerón testimonia ese preciso momento de la evolución de la doctrina de la *exhereditatio*.

En cuanto a la fijación del *dies a quo*, si atendemos a las noticias de Justiniano en la constitución mencionada, el principio habría sido introducido por vía judicial, en concreto, por obra del tribunal de los *centum-viri*. Su formulación, por tanto, debe ser posterior a la aparición de aquel tribunal, que suele situarse en el año 241 a. C.¹⁸ sobre la base de un texto de Festo.¹⁹ Aunque no faltan autores que sostienen un origen más arcaico del órgano judicial,²⁰ pero sin un apoyo textual en las fuentes.

16. WATSON, A., *The law of succession in the Later Roma Republic*, New York, Clarendon Press, 1967, p. 42 y ss.

17. C. 6.28.4 (*Imp. Iust. A. Johanni*). «*Nam haec corrigentes et maiorum nos-trorum sequimur ves-tigia, qui eadem observationem colere manifestissimi sunt. Scimus etenim antea simili modo et filium et alios omnes inter ceteros exheredatos scribere ese concessum, cum etiam centumviri aliam differentiam introduxerunt*».

18. VACCA, L., *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, Giuffrè, 1982, p. 41; FRANCIOSI, G., *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli, Jovene, 1961, p. 26 y ss.; PUGLIESE, G., *Il processo civile romano. I. Le legis actiones*, Roma, Ed. Palermo, 1962, pp. 197 y ss., sobre todo en pp. 200 y ss.; DI LELLA, L., *Quere-lla inofficiosi testamenti. Contributo allo studio della successione necessaria*, Napoli, Jovene, 1972, p. 70 y ss.; ALBANESE, B., *Il processo privato romano delle legis actiones*, Palermo, Palumbo, 1987, p. 124 y nt. 430; SANGUINETTI, A., «Considerazioni...», *cit.*, p. 271.

19. Festus, s.v. *Centumviralia iudicia*. «*Centumviralia iudicia a centumviris sun dicta. Nam cum essent Romae triginta et quinque tribus, quae et curiae sunt dictae, terni ex singulis tribubus sunt electi ad iudicandum, qui centumviri apellati sunt: et, licet quinque amplius quam centum fuerint; tamen, quo facilis nominarentur, centum-viri sunt dicti*». Vid. KEIL, H., *Grammatici latini*, IV, Hildesheim, Ed. Georg Olms, 1961.

20. Otros autores sostienen un origen más arcaico de los *centumviri*, así, KASER, M., *Das römische Zivilprozessrecht*, München, Beck, 1966, p. 37 y ss. o MURGA GENER, J. L., *Derecho romano clásico II. El proceso*, Zaragoza, 1983, p. 68.

En conclusión, podemos deducir que el principio *sui heredes instituendi sunt vel exheredandi*, tuvo su origen en algún momento entre el año 241 a. C y el 55 a. C. La regla constituye el fundamento de la llamada sucesión necesaria formal del *ius civile*, pero no sirve para proteger la posición necesaria sustancial de los descendientes del testador.

En la práctica, el ciudadano romano seguía gozando de una libertad ilimitada para disponer de su patrimonio por testamento puesto que podía desheredar a los *sui* o instituirlos herederos por una cuota irrisoria del patrimonio. La posibilidad de que el testador pudiera agotar todo su patrimonio en legados y manumisiones con base en el *uti legassit* decenviral, tal y como nos informa Gayo,²¹ demuestra que no se conocía la legítima o sucesión necesaria material en esta época. El propio jurista nos indica que, como consecuencia, muchas veces los herederos se abstendían de aceptar la herencia y nos presenta la retrospectiva de los intentos legislativos para limitar la cuantía de estas disposiciones de última voluntad con el fin de que el testamento no deviniese ineficaz por *desertum*.²²

La *lex Furia testamentaria* prohibió que los legatarios y donatarios recibieran más de mil ases a excepción de ciertas personas (cónyuge, prometidos, cognados hasta el sexto grado y el sobrino nacido dentro del séptimo mes).²³ Pero la medida no dio resultado porque —en palabras del jurista— los testadores podían agotar todo su patrimonio en legados de mil ases cada uno y porque la ley era *minus quam perfecta*,²⁴ de manera que el legado que excedía de la medida legal es válido y el legatario es castigado a pagar el cuádruplo a través de una *manus iniectio pura* frente al legatario.²⁵

21. Gayo 2.224. «*Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredeis; idque lex XII tabularum permittere uidebatur, quae cauetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his uerbis: 'Uti legassit suae rei, ita ius esto', qua de causa qui scripti heredes erant, ab hereditate de abstinebant, et idcirco plerique intestati moriebantur*».

22. Gayo 2.225-227.

23. ROTONDI, G., *Leges publicae populi romani*, Milano, 1922 (reimpr. Hildesheim, 1966, pp. 282 y 283).

24. Ulp. 1.2.

25. El propio Gayo nos informa en otro lugar, 4.23-24, que esta *lex Furia* daba lugar a una *manus iniectio pura* frente al legatario.

La *Lex Voconia de mulierum hereditatibus* del año 169 a. C., prohibió recibir por legado más de lo que recibiese el heredero. En caso de incumplimiento se establecía el pago del excedente al Erario.²⁶ Gayo nos ilustra sobre el fracaso de esta ley: «*sed tamen fere uitium simile nascebatur. nam in multas legatariorum personas distributio patrimonio poterat testator adeo heredi minimum relin quere, ut non expe-diret heredi huius lucri gratia totius hereditatis onera sustinere*».

Más de un siglo después, en el año 40 a. C., se promulga la *Lex Falcidia de legatis*²⁷ que prohíbe al testador legar más de las tres cuartas partes de la herencia, estableciendo que los legados excedentes del *dro-drans* se reducirán proporcionalmente. De este modo, al heredero testamentario se le reservaba una parte alícuota del patrimonio, pues debía tocarle al menos una cuarta parte de la herencia (*ne minus quam quartam partem hereditatis eo testamento heredes capiant*)²⁸ calculada sobre el valor que tenía en el momento de la muerte del testador y una vez deducidas las deudas hereditarias. A esta restricción se añade la de la reducción de las donaciones hechas en vida del causante.²⁹ Todo ello limita la libertad de disponer del testador.

La sucesión necesaria sustancial, denominada así por influencia de la pandectística, aparece a finales de la República,³⁰ cuando se introdujo un instrumento de garantía, la *querella inofficiosi testamenti*. Con ella, los parientes próximos, desheredados injustamente, podían impugnar el testamento en tanto contrario al *officium pietatis* y al deber de asistencia que deriva del sentir social.³¹ Se establece así una *portio debita* reservaba a los hijos –a los *sui* pero también a favor de los hijos *non in potestate patris*– y a otros parientes próximos, so pena de invalidez del testamento y de apertura

26. Plin, *Paneg.*, 42.1. *Locupletabant et fiscum et aerarium non tam Voconiae et Iuliae leges...* Cfr. ROTONDI, G., *Leges...*, cit., pp. 283 y 284.

27. Vid. ROTONDI, G., *Leges...*, cit., p. 438.

28. Vid. GAYO 2.227

29. D. 31.87.3 (*Paul. l. 14 resp.*).

30. Vid. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «La legitimación...», cit., p. 99.

31. DI LELLA, L., *Querella...*, cit, p. 29 encuentra recogido este sentir social en un texto de Cicerón, *De off.*, 1.17.57-58, donde afirma que la unión de la sangre ata a los hombres con vínculos de benevolencia y estimación.

de la sucesión *ab intestato*.³² El órgano judicial de los *centumviri* dio carta de naturaleza a esta limitación, admite que el testador que no ha dejado parte de su patrimonio a estas personas no está en su sano juicio y declara el testamento nulo *color insaniae*, por la supuesta enfermedad mental del testador que no cumple con el deber de afecto o piedad con sus parientes. Admite la petición de herencia de los herederos *ab intestato*.³³

A partir de este momento, podemos afirmar que existe la legítima en Derecho romano, aunque no se la denomine de este modo.³⁴ La legítima romana, en cuanto a descendientes y ascendientes, constituyó una *pars hereditatis*, puesto que se prohibía la preterición entre ellos, sin que se debiera entender satisfecha la *portio debita* por cualquier otro concepto. Sin embargo, el resto de legitimarios sí podían recibir su *portio debita* por cualquier otro título (legado, donación o fideicomiso),³⁵ por lo que se considera más bien una *pars o quota bonorum*.³⁶

A finales de la República, es el órgano judicial quien aprecia discrecionalmente la suficiencia patrimonial según las circunstancias que concurran.³⁷ En el siglo I d. C. se establece como cuota de suficiencia patrimonial en la praxis judicial una cuarta parte de lo que le correspondía al que pretende la impugnación del testamento por inoficioso en la sucesión intestada, medida cuantitativa que se establece por referencia a la cuarta falcidia.³⁸ De esta ley se toman también los criterios para su cálculo en relación con el activo patrimonial neto.³⁹

32. Cic. *Pro Cluent.*, 15.45; Val. Max. 7.7.2; Cfr. D'ORTA, M., *Saggio...*, cit., p. 78, n. 66.

33. Este artificioso expediente, válido ante este tribunal de los *centumviri*, acabó por extenderse a través de un *lex Glitia*, comentada por Gayo, D.5.2.4 (*Gai. lib. Sing. ad legem Glitiam*). Vid. EISELE, F., «Zur *Querela inofficiosi testamenti*», *ZSS*, 15, 1894, p. 256-306, pp. 292 y ss.

34. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La cautela...*, cit., 2004, pp. 29 y 81.

35. *Nov.* 18.1

36. BERNARD MAINAR, R., «La porción legítima en la familia del Derecho romano», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 750, 2015, pp. 1765-1805, pp. 1766 y ss.

37. A finales del siglo I a. C. regía este criterio, vid. Sen., *Contr.*, 9.5.15.

38. FERNÁNDEZ BARREIRO, A., «Libertad testamentaria y sistema de legítimas. Un análisis desde la experiencia jurídico cultural romana», *RGDR*, 7, 2006, pp. 1-32, pp. 3 y ss.

39. D.5.2.8.9 y 11 (*Ulp. l. 14 ad ed.*),

III. LA PROTECCIÓN DE LA PORCIÓN LEGÍTIMA EN DERECHO ROMANO

En Derecho romano la generalización de la llamada «intangibilidad cualitativa de la legítima»⁴⁰ se produjo en la época de Justiniano,⁴¹ la jurisprudencia clásica ya se manifestó a favor de proteger al legítimo para que recibiese su parte libre de gravámenes. En este sentido, un pasaje del jurista clásico Scaevola recoge un caso de institución de heredero condicional en el que el testador instituye herederos a Seyo y Agerio, nombrándolos sustitutos recíprocos, pero la institución queda condicionada a que respeten la voluntad del testador y a que antes de treinta días den caución de conformarse con una suma de dinero *leges Falcidia beneficio omissa*, so pena de que, si no respetan la voluntad del testador, serán desheredados.

D.35.2.27 (*Escaevola, l. VI respons.*). «*Seius et Agerius, si intra diem trigesimum mortis meae Reipublicae nostra caverint, contestos se futuros tot aureis legis Falcidiae beneficio omissa, heredes mihi sunt; quos invicem substituo: quodsi voluntati meae non consenserint; exheredes sunt*»; *quasitum est, an heredes instituti hereditatem adire possint, si conditioni parere nolunt, quum habeant substitutos eadem conditione praescripta. Respondit, Seium et Agerium*

40. Esta es una expresión que en España se utiliza por la doctrina desde aproximadamente la mitad del siglo pasado por influencia de la doctrina extranjera. Aquí lo utiliza De FUENMAYOR CHAMPÍN, A., «Intangibilidad de la legítima», *ADC*, 1, fasc.1, 1948, pp. 46-77, p. 63, que la atribuye a la doctrina extranjera. Entre los italianos, PESCATORE, G., «Sulla intangibilità qualitativa della quota di riserva», *Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione. Sezioni Civili*, XXXIII, 1944, pp. 526 y ss. y ROMANO CASTELLANA, A., «Natura giuridica della quota di legittima. Intangibilità quantitativa y qualitativa. Deroghe», *Giurisprudenza Completa della Corte Suprema di Cassazione. Sezioni Civili*, 1950, XXXIX, pp. 296 y ss.

41. *Vid.* POLO ARÉVALO, E. M., «Concepto y naturaleza jurídica de la legítima en derecho sucesorio español. Precedentes y actualidad», *RIDROM*, 10, 2013, pp. 331-376, p. 333. La autora afirma que hay que esperar al Derecho justinianeo para encontrar un sistema de legítimas que pondrá fin definitivamente a la libertad de testar. Las *Novelas* 18 y 115 presentan ya un sistema unificado, prohibiendo además la desheredación sin justa causa.

primo loco institutos perinde adire posse, ac si ae conditio, quae fraudis causa adscripta est, adscripta non esset». ⁴²

En general, se considera que el texto es genuino.⁴³ El jurista se pregunta si es lícito que los herederos acepten la herencia sin cumplir la condición y contesta que podría aceptarla porque la condición estaba hecha en fraude de ley. Aboga por considerar *fraudis causa* la condición añadida a la *heredis institutio* por la que la percepción de la *pars legitima* se somete a este gravamen. En estos casos, mantiene la ineficacia de la condición (*adscripta non esset*).

El pasaje se ha considerado por la doctrina⁴⁴ como un claro antecedente de la solución que ofrece el artículo 813. II del Código Civil español (y de otros preceptos semejantes de otros códigos europeos), donde se afirma: «Tampoco podrá [el testador] imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo disposición del usufructo del cónyuge viudo (art. 820.3.º) y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitado». Lo que quiere decir que el legitimario no solo tiene derecho a que se le asigne una determinada cuantía (intangibilidad cuantitativa de la legítima) sino a que lo que se le asigne esté libre de cargas y gravámenes impuestos por el testador (intangibilidad cualitativa). Aspecto sobre el que volveremos más adelante.

En mi opinión, podemos encontrar antecedentes de las cautelas testamentarias de opción compensatoria de la legítima en un texto de Papiniano, discípulo de Scaevola, donde se recogen tanto la idea de compensación como la de opción características de estas cautelas. La

42. Sobre este pasaje y su interpretación *vid.* PESCANI, P., «Il piano del Digesto e la sua attuazione», *BIDR*, 77, 1974, pp. 221-405; MANNINO, V., «Cervidio Scaevola e l'applicazione della Falcidia ai legati fra loro connessi», *BIDR*, 1981, n.º 84, pp. 125-157; FASCIONE, L., *Fraus legi. Indagine sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana*, Milano, Giuffrè, 1983, pp. 266; BEHREND, O., «Frode alla legge, lotta politica e scienza giuridica», *Labeo*, 31, 1985, pp. 62-82; CALORE, A., *La remozione del giuramento. Conditio iurisurandi e conditio turpis nel testamento romano*, Giuffrè, 1988, pp. 256; ASTOLFI, R., «Riflessioni in tema conditio iurisurandi», *SDHI*, 55, 1989, pp. 369-391; COPPOLA, G., «Conditio iurisurandi», *Labeo*, 37, 1991, pp. 124-135.

43. *Index Interpolat. ad loc.*

44. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La cautela...*, *cit.*, p. 120.

doctrina⁴⁵ ha señalado este pasaje como el antecedente de la llamada cautela gualdense o Socini:

D.38.2.41 (*Papin., l. XII Quaest.*) «*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 parcipere 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, aequè decreti remedium poterit procedere, ut accepta debita portione cetera para 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*».

Algunos autores⁴⁶ consideran que el texto está ampliamente retocado por los compiladores. Se basan en argumentos tanto estilísticos como sustanciales. En concreto, se ha mantenido la interpolación de las proposiciones: *quid statuendum est, quaeritur?* y desde *sed parte debita* hasta el final, como resultado de una intervención de los compiladores, acorde con la propensión de Triboniano al *favor libertatis*. Igualmente se han señalado incongruencias gramaticales, en cuanto el infinitivo *cogi*, que no parece relacionarse con ningún otro verbo. Igualmente, la expresión *decreti remedium* se ha considerado interpolada.⁴⁷

45. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Cautelas..., *cit.*», p. 291-292; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La cautela...*, *cit.*, p. 120.

46. KALB, W., *Das Juristenlatein. Versuch einer Charakteristik auf Grundlage der Digesten*, Nürnberg, Verlag von Hermann Bellhorn, 1888, p. 75, n.2; EISELE, F., *Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte*, Fribourg, 1896, p. 237, n. 17; GRANDENWITZ, O., «*Libertatem imponere*», ZSS, 23, 1902, 1, pp. 337-347, pp. 342 y ss.; ALBERTARIO, E., «L'uso classico e l'uso giustiniano di *extorquere*», ZSS, 32, 1911, 1, pp. 307-324, p. 321.

47. KALB, W., *Das Juristenlatein...*, *cit.*, p. 75, nt.2. GRANDENWITZ, O., «*Libertatem...*», *cit.*, p. 342 y ss, afirma que la obligación de manumitir impuesta por el *praetor fideicommissarius* no estaría en sintonía con el Derecho clásico, porque el patrono había podido aceptar la *debita portio*, o bien devenir sucesor abintestato sin la

Sin embargo, sería posible, como señalan otros autores,⁴⁸ que el verbo *cogi* represente una abreviación estilística introducida por el propio Papiniano para pasar al estilo indirecto; de manera que el texto recogería básicamente la opinión del jurista clásico.

En cuanto al significado del pasaje, trata sobre el caso de un patrono, que había sido instituido heredero de la *portio debita*, al que además se había dejado un legado por un valor de 10, gravándolo con un fideicomiso: la manumisión de un esclavo de un valor igual o inferior al legado mismo.⁴⁹ Así las cosas, la *debita pars* del patrono no resulta en ningún caso reducida con el fideicomiso («compensación»). Papiniano afirma que es injusto que el patrono quiera percibir el legado y no darle la libertad al esclavo. Sin embargo, considera que se violenta la voluntad del patrono cuando este no se halle de acuerdo (*invitus*) en relación al fideicomiso o ruego de liberar a un *servus* particular (quizá un pariente de sangre del liberto, de ahí el interés específico del testador)⁵⁰. Por ello, afirma el jurista que, obtenida la parte debida, no está obligado a atenerse al legado y a dar la libertad, aun cuando formalmente el valor de aquel equivalga al del esclavo o sea superior y, por tanto, el patrono no sufra un daño material. A continuación, Papiniano observa dos situaciones: Por un lado, si el patrono tiene un sustituto, puede ser procedente el remedio del decreto (*remedium decreti*) y el patrono puede solicitar la *bonorum possessio contra tabulas* por la *debita portio*. Corresponderá entonces al sustituto rescatar al esclavo en base al fideicomiso que grava la herencia, es decir, comprarlo del patrono (que no está obligado a venderlo) para después poderlo manumitir. Por otro lado, si no hay sustituto y el patrono deviene heredero por la cuota entera (*cessante vero substitutione*), el

carga del fideicomiso. Igualmente, ALBERTARIO, E., «L'uso classico...», *cit.*, p. 321. encuentra índices de interpolación en la partícula *quid enim si* y en *eum* y en la frase final: *libertatem servo eum imponere cogat*

48. METRO, A., «*Denegare petitionem, denegare persecutionem fideicommissi*», *BIDR*, 75, 1972, pp. 133-149, pp. 138; MASSI DORIA, C., *Bona libertorum regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli, Jovene, 1996, p. 304

49. GAYO, 2.272. Afirma que no se puede dar la libertad a un esclavo ajeno de forma directa, pero sí por fideicomiso, ...*Servo alieno directo libertas dari non potest, sed per fideicommissum potest.*

50. MASI DORIA, C., *Bona libertorum...*, *cit.*, p. 304.

pretor fideicomisario obligará al patrono, que acepte la herencia del liberto, a manumitir al esclavo.⁵¹

El significado del texto es claro: cuando el liberto otorga un legado de valor superior a la legítima (es decir, compensando el gravamen) e imponiendo al patrono la obligación de manumitir a un esclavo, este, una vez satisfecha la *debita portio*, no podrá ser constreñido a aceptar el legado ni a manumitir al propio esclavo. Ahora bien, aceptado el legado, no podrá exonerarse de la obligación impuesta y deberá evidentemente realizar la manumisión. No cabe, por tanto, obtener lo dejado a título particular e ignorar el gravamen, pues entonces percibiría una cantidad superior a la prevista por el causante, «lo que resultaría injusto» (*iniquum est*) en opinión de Papiniano. Si bien la posibilidad de elección no se recoge expresamente en el texto, el jurista sitúa al patrono en la necesidad de optar entre recibir la legítima libre de gravámenes o aceptar el legado con la carga de manumitir al esclavo; «opción» que caracteriza a la cautela gualdense o Socini.

La opinión del jurista clásico no tuvo continuación en el período justiniano. La idea contraria se abrió paso y se limitó extremadamente la libertad de testar.

Efectivamente –como ya hemos indicado– la Constitución del año 529 d. C., C.3.28.32, generalizó la intangibilidad cualitativa de la legítima en su sentido más severo. Suprimió la condición, el plazo o la disposición que causare demora o cualquier otro gravamen sobre la legítima del hijo instituido y estableció que se procediera como si nada de ello se hubiese añadido. La nulidad del gravamen se producía automáticamente sin necesidad de impugnación por parte del legitimario.

C.3.28.32. (Impp. Iustinianus a Mennae PP.). *«Quoniam in prioribus sanctionibus illud statuimus, ut, si quid minus legitima portione his relictum sit, quae ex antiquis legibus de inofficioso testamento actionem movere poterant, hoc repleatur, ne occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur, hoc in praesenti addendum esse censemus, ut, si conditionibus quibusdam vel dilationibus aut aliqua dispositione, moram vel modum, vel aliud gravamen introducente, eorum iura, qui ad memoratam*

51. METRO, A., «Denegare petitionem....», *cit.*, p. 138.

*actionem vocabantur, imminuta esse videantur, ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio moram vel quodcunque onus introducens, tollatur, et ita res procedat, quasi nihil eorum testamento additum esset».*⁵²

Justiniano se refiere al caso en que se deja a un hijo instituido la legítima gravada sin compensar el gravamen impuesto con una atribución cuantitativa superior al mínimo que le correspondía.⁵³ Recuerda anteriores pronunciamientos donde había decidido que, si se hubiese dejado menos de la *portio* legítima, habría que obrar de modo que el testamento se complete y no se anule por este motivo. Y añade que, si estos derechos, que podían fundar la *querella inofficiosi testamenti*, resultaban afectados por condiciones o disposiciones que pudieran conllevar retraso, disminución o carga. Este gravamen venía prohibido por la ley y debía tenerse por no puesto.

El emperador fortalece la legítima, lo que puede verse también en la prohibición justiniana, que se amplió con la *Novela* 18,⁵⁴ capítulo tercero donde se declara que no le será lícito en lo sucesivo a ninguno que tenga hijos dejar el usufructo de la parte legítima, sino que deberá dejar también la nuda propiedad.

Nov. 18, c.3. «Non licebit igitur de cetero ulli omnino filios habenti tale aliquid agere, se modi omnibus eis huius legitimae partis, quam nun deputavimus, et usufructum in super et proprietatem reliquant».

52. Vid. SAMPER, F., «*Pars debita* en el Derecho romano vulgar», *SDHI*, 37, 1971, pp. 74-118; DUYNSTEE, M., y FEENSTRA, R., «Una *quaestio disputata* de Jean de la Ferté», *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 60, 1992, 3-4, pp. 311-362.

53. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La opción legal...», *cit.*, p. 592; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La cautela...*, *cit.*, p. 84.

54. Constitución del año 536, recogida en la *Authentica Novissima*, que se compone de 134 Nove- las promulgadas entre los años 535 y 556. La obra recibe el nombre de *Authentica* porque la escuela de los glosadores determinó su autenticidad (Vid. GARCÍA GARRIDO, M. J., *Diccionario de jurisprudencia romana*, Madrid, Dykinson, 1986, p. 44).

IV. FORMULACIÓN MEDIEVAL DE LAS CAUTELAS DE OPCIÓN COMPENSATORIA DE LA LEGÍTIMA⁵⁵

En Derecho común, durante la primera época, los comentaristas abogaron por la aplicación de la solución justinianeas. Esta afirmación puede corroborarse si nos fijamos en uno de los casos más discutidos, el del usufructo universal a favor del cónyuge viudo. La discusión de los doctores se centró en dilucidar si la *Novela* 18.3 derogaba lo establecido en los textos clásicos de Escévola, en D. 33.2.37,⁵⁶ y de Ulpiano, en D. 7.1.29,⁵⁷ que consideraban válido el usufructo a favor de la viuda cuando capitalizado no excediese de los tres cuartos de la herencia; opinión mantenida también por Celso y Juliano.

Frente a la *communis opinio*,⁵⁸ que consideró derogados estos textos, se defendió por algunos autores, como Angelus de Ubaldis⁵⁹ o Caepollae⁶⁰ su permanencia con respecto al usufructo. Fuera de este caso, se consideró que el gravamen impuesto a la legítima era nulo. Este criterio se aplicaba aun en el caso de que el testador hubiese compensado el gravamen, dejándole más bienes de lo que realmente le correspondían por legítima. El gravamen se tendría por no puesto, pudiendo el legitimario hacerse dueño de la legítima y del exceso libre de cargas;

55. La evolución histórica de estas cautelas testamentarias ha sido estudiada con gran profusión de detalles por VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Perspectiva...», *cit.*, p. 291, a quien seguimos en este punto.

56. D. 33.2.37 (Scaev. l. 33 dig.).- «*Uxori meae usumfructum lego bonorum meorum, usque dum filia mea annos impleat octodecim*»; *quaesitum est, an praediorum tam rusticorum, quam urbanorum, et mancipiorum, et supellectilis, itemque kalendarii ususfructus ad uxorem pertineat. Respondit, secundum ea, quae proponerentur, omnium pertinere.*

57. D. 7.1.29 (Ulp. L. 18 ad Sab.).- *Omnium bonorum usumfructum possi legari, nisi excedat dodrantis aestimationem, Celsus libro trigesimosecundo digestorum et Iulianus libro sexagesimo primo scribit; et es veritus.*

58. *Vid.* VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Perspectiva...», *cit.*, p. 295 y ss., que menciona como partidarios de la derogación de los textos clásicos a Acursio, Bártolo, Baldo, Jasón de Meyno, Felipe Decio o Merlino, entre otros.

59. DE UBALDIS, A., *In autenticum volumen, aurea ac peregrina commentaria*, XIV, Venecia, 1580, colla III, tit. V. *De treinte et semisse. Verb. Prohibemus.*

60. CAEPOLLAE B. *Omnia quae quidem nunc extant Opera*, Lugduni, sumptibus Philippi Tinghi, 1577, cap. XXI, p. 754.

solución que favorecía mucho a los legitimarios, pero no respetaba en absoluto la voluntad del testador.

La preocupación de los juristas se centró entonces en conjugar la voluntad del testador y la defensa de la legítima y ello pasaba por moderar la rigidez de la legislación justiniana.⁶¹ La jurisprudencia del *ius commune* empieza a plantearse la validez de una cautela, atribuida a Socino,⁶² según la cual se permite al testador imponer cargas sobre la legítima, atribuyéndole al legitimario más derechos de los que por ley le corresponderían, pero dejándole libertad para optar por recibir su legítima libre de cargas cuando no quiera cumplir las disposiciones del *de cuius*.

Entre los siglos XIV y XVI, antes de la formulación de la cautela Socini, se enunciaron diversas cautelas testamentarias (cautela Angeli, cautela Durantis o gualdensis, cautela cumani y cautela Socini). Estas tuvieron una gran acogida en la doctrina, la práctica y la jurisprudencia medieval, para tratar de permitir al testador imponer gravámenes a la legítima superando la prohibición legal. Todas ellas se engloban modernamente bajo la denominación genérica de cautela Socini o sociniana.⁶³

En los casos en que el legitimario recibiera *más* de lo que por legítima le correspondía, pero quedando toda la atribución gravada por voluntad del testador, comenzó a considerarse la compensación del gravamen, que recaía sobre la legítima, con la atribución de la parte disponible. Esta es la idea que recoge, en el siglo XIV, Angelus de Ubaldis,⁶⁴ hermano del famoso Baldus, que en el capítulo relativo al *prohibemus*, de la *Authentica de triente et semisse* (Nov. 18.3) defiende la validez de la cláusula testamentaria por la que se imponía el usufructo sobre toda la herencia, incluyendo la legítima, y se atribuía al legitimario la nuda propiedad de la parte disponible siempre que el

61. CASTELLINI, R., «Usufrutto e nuda proprietà eccedenti la disponibile (art. 550 cod. civ.)», *Rivista trimestrale di Diritto e procedura civile*, 1966, pp. 1-32, p. 18; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La cautela...*, cit, pp. 121-122.

62. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Perspectiva...», cit., p. 285, n. 4 señala que así se denomina en Alemania, Suiza, Italia y Alemania.

63. Vid. REAL PÉREZ, A., *Usufructo...*, cit., p. 224 y 231.

64. DE UBALDIS, A., *In Authenticorum Volumen, aurea ac peregrina. Commentaria*, Collatio III, Titulus V *De triente et semisse*, verb. *Prohibemus*, Venetiis, 1580, fol. 14.

valor de esta última fuese igual o superior al usufructo sobre la legítima. Esta cláusula, llamada cautela Angeli o angélica, recogía la idea de «compensación», pero todavía no ofrecía la posibilidad de optar por la legítima estricta sin el gravamen. Se daban, así, los primeros pasos para encontrar soluciones más satisfactorias.

En el siglo xv, Raphaelis de Raymundis,⁶⁵ llamado *Cumanus*, elaboró una verdadera cautela de opción compensatoria, conocida como la cautela Cumani, con la que el testador instituía a su hijo como heredero universal pero gravando toda la herencia con una sustitución fideicomisaria y prohibiendo al heredero detraer la legítima y la trebeliánica, compensando al legitimario con toda la parte libre; para el hipotético caso de que el hijo o los herederos reclamasen la percepción de la legítima libre de cargas, el testador ordenaba que se restituyera al sustituto fideicomisario la parte libremente disponible por el testador y sus frutos hasta el montante de la legítima. Se trataba de evitar que el heredero se quedara con la legítima y la parte disponible libre de cargas. Aquí se puede ver claramente la opción compensatoria.

Ya en el siglo xvi, en 1540, Iohannis Durantis, llamado el gualdense elaboró la llamada cautela Gualdense.⁶⁶ El supuesto era similar al anterior (un testador instituía a su hijo como heredero universal gravando toda la herencia con una sustitución fideicomisaria y compensando dicho gravamen con toda la parte libre) pero la novedad estaba en que el testador concedía expresamente una opción al legitimario entre aceptar la herencia gravada con el fideicomiso universal o limitarse a recibir su legítima estricta libre de cargas y gravámenes. Esta posibilidad de optar estaba supeditada a que la hubiera previsto expresamente el testador.⁶⁷

Una década después, concretamente en el año 1550, Mario Socino hijo⁶⁸ fue requerido para emitir su dictamen sobre el testamento de

65. DE RAYMUNDIS, R., *Consilia*, ed. Brixiae, 1940, Cons XXV, fol 15 y 25 (Citado por VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Perspectivas...», *cit.*, p. 289, n. 25 y 26.)

66. DURANTIS, I., *De arte testandi, et cautelis ultimarum voluntatum, tractatus*. Tit. V. Cautela, 1540, XXXI, 6, Roma, fol. LXVI vto. *Vid.* también RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La cautela...*, *cit.*, p. 120, n. 20.

67. *Vid.* VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La opción...», *cit.*, p. 595, n. 21.

68. SOCINUS, M., *Consiliorum sive malis responsorum*, Prima pars, Consilium CXXII, ed. Lugduni, 1550, fol. 234 y ss.

Nicolaus Antenoreus –noble florentino que nombró herederos universales a dos de sus hijos, Alexandro y Camilo, al tercero, llamado Juan Bautista, le dejó un legado de valor superior a la legítima (compensación), pero con el gravamen de sustitución fideicomisaria a favor de sus dos hermanos, si muriese sin hijos (*si sine liberis masculis deceserit*). El testador añadió que, de no conformarse con lo dispuesto, perdería el legado sin más derecho que el de percibir su legítima estricta (opción). Fallecido el testador, Juan Bautista aceptó el legado con las condiciones indicadas y falleció después, sin hijos, bajo testamento en el que instituía heredero a un extraño. Los hermanos reclamaron al extraño los bienes que dejara su padre y este último alegó que de tales bienes debía detraerse la legítima (y la trebeliánica) de su causante (Juan Bautista). En resumen, se discutía si Juan Bautista había recibido la legítima libre de gravámenes (como sostenía su heredero) o estaba sujeta al fideicomiso, como sostenían sus hermanos.

Socino opinó que tenían razón los hermanos de Juan Bautista, pues el padre le puso en la alternativa de aceptar el legado (muy superior al valor de la legítima) con el gravamen del fideicomiso o recibir la legítima con todos sus privilegios, por tanto, solo de él dependía y no se puede mantener que su padre lo privase de la legítima. Más aun cuando le había otorgado una compensación a través del legado dispuesto a su favor.⁶⁹

Las diferencias entre la propuesta de Socino y la de Durantes están en que, en el testamento del noble florentino, la atribución gravada (condicionada) no era la institución universal, sino un legado con un *quantum* muy superior a la legítima. Además, en la gualdense, se compensa al legitimario con la propiedad de toda la parte libre, mientras que en el caso de Socino la compensación no afectaba a toda la parte libre.⁷⁰

69. Según VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Perspectiva...», *cit.*, p. 291, que ha estudiado con gran detalle la evolución histórica de estas cautelas testamentarias de opción compensatoria, se pidió dictamen a varios juristas: Felipe Decio, Mariano Socino el joven, Francischinus Curtius hijo y Petrus Paolus Parisius hijo) que fueron favorables a la total restitución de los bienes sin detracción de la legítima y la trebeliánica por parte de los herederos de Juan Bautista. Es decir, favorables a la validez de la cláusula impuesta por Antinori, dada la aceptación por aquel del legado condicional. *Cfr.*, en el mismo sentido REAL PÉREZ, A., *Usufructo...*, *cit.*, pp. 229.

70. CABEZUELO ARENAS, A. L., *Diversas formas ...*, *cit.*, p. 147.

Estas mínimas divergencias hicieron pensar⁷¹ que la cautela Socini mejor debiera haberse llamado gualdense pues Socino solo habría expuesto la misma solución con mayor fortuna una década después.⁷²

Las características esenciales de la cautela Socini, que la diferencian de otras cautelas que se han sucedido históricamente, son las siguientes: a) se trata de una previsión expresa establecida por el testador con respecto a una atribución testamentaria realizada en concepto de legítima;⁷³ b) se ha de atribuir al legitimario una cantidad superior al que legalmente le correspondería por legítima estricta, lo que supone la compensación que el testador le ofrece; c) el gravamen impuesto por el testador ha de recaer sobre la legítima; d) se impone al legitimario la necesidad de optar entre las alternativas que le ofrece el testador; dos vocaciones a favor del legitimario, que podrá elegir libremente entre la atribución de su legítima estricta libre de todo gravamen o una porción mayor de lo que le correspondería por legítima, pero sujeta a la carga que el testador desee imponer. La opción a favor del legatario debe recogerse de forma expresa, no debe sobreentenderse. El testador presenta dos proposiciones incompatibles o alternativas. Uno de los llamamientos del testador se halla dentro de la más escrupulosa legalidad, ya que garantiza la intangibilidad de la legítima (art. 813 C. C.). Sin embargo, la percepción de la legítima estricta no se encuentra en peligro en tanto que siempre cabe la posibilidad de que el legitimario opte por recibir única y exclusivamente la porción reconocida por la ley y libre de todo gravamen. Por lo tanto, establecido sin más un gravamen sobre la legítima, sin que se recoja la opción, ha de estimarse nula, con lo que el legitimario pasaría a percibir lo que el testador le dejó, que sobrepasa de su cuota legal, pero sin traba alguna;⁷⁴ y e) el legitimario

71. Vid., GÓMEZ PAVÓN, R., «Socino», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 296, 1953, pp. 34-41, p. 35; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «La opción...», *cit.*, p. 591; CASTELLINI, R., «Usufrutto...», *cit.*, p. 20; RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La cautela...*, *cit.*, p. 125.

72. Según indica Vallet de Goytisolo, la denominación de uso vulgar en el siglo XVII era la de cautela «Socini». Vid. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Perspectiva...», *cit.*, p. 285, n. 4 y p. 286, n. 6; Id., «Cautelas...», *cit.*, p. 267, n. 12.

73. REAL PÉREZ, A., *Usufructo...*, *cit.*, p. 183.

74. FUENMAYOR CHAMPÍN, A., «Intangibilidad...», *cit.*, p. 69.

debe aceptar la atribución testamentaria con el gravamen para la efectividad de este.

Obviamente, la fisonomía de la cautela Socini ha cambiado desde su formulación medieval a la actualidad.⁷⁵ Originariamente se refiere al supuesto muy concreto donde se grava lo que excede de la legítima con un fideicomiso para aquellos casos en que el mejorado no consiga tener descendientes masculinos, pudiendo este no aceptar el gravamen a cambio de recibir lo que por legítima estricta le corresponda. Mientras, en la actualidad, por vía jurisprudencial se ha venido a considerar como cautela Socini cualquier caso en el que el legitimario puede optar por la legítima libre de cargas o por admitir un mayor *quantum* con un menor *quale*.

Mas, en todos los casos, se deja en manos del legitimario, que es a quien protegen las normas de intangibilidad de la legítima, la posibilidad de decidir si le conviene o no admitir la disposición testamentaria del causante. Es precisamente esta libertad para elegir, escoger u optar lo que caracteriza este modelo que estudiamos.⁷⁶

V. LA REPERCUSIÓN DE LA CAUTELA SOCINI TRAS SU FORMULACIÓN

Entre los autores posteriores, muchos siguieron siendo partidarios de aplicar la nulidad automática del gravamen que ordenaba la legislación justiniana, la llamada Ley *Quoniam in prioribus* (sobre la legítima y la parte de libre disposición) y la Nov. 18.3, pero admitieron el juego de la cautela Socini cuando el testador recogiera una *duplicem, seu disjunctivam, seu alternativam institutionem*.⁷⁷ Es decir, la opción solo podría ejercitarse cuando estuviera expresamente recogida por el testador, *adhibita cautela*.

75. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, A., *Fundamento histórico de la llamada cautela Socini*, Alicante, Universidad de Alicante, 2020, p. 14.

76. CABEZUELO ARENAS, A. L., *Diversas formas...*, cit., p. 167

77. LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de sucesiones*, 2.^a edic., Barcelona, Bosch, 1976, p. 519, que afirman que son partidarios de esta solución, entre otros, Felipe Decio, y entre la doctrina española: Segura, Díaz de Montalvo, Quesada o Acevedo.

Otros autores⁷⁸ no eran partidarios de la nulidad automática del usufructo universal concedido al viudo, sino que, aludiendo a D.38.2.35, admitieron la validez del gravamen sobre la legítima para el caso de que, una vez capitalizada conforme a la edad del viudo, su valor fuese inferior al exceso sobre la legítima concedida al legitimario.

Tampoco faltaron quienes,⁷⁹ apoyándose en el texto de Papiniano, quisieron generalizar la necesidad de opción, aun cuando no estuviera prevista por el testador, atenuando así el rigor de la compensación automática del mayor *quantum* por el menor *quale* que se impuso en el Derecho justiniano. Estas opiniones se toparon con las normas bizantinas y con la específica voluntad del testador. Se entendió que el testador, pudiendo prever tal opción, no lo hizo, lo que se consideró una hipótesis que no resulta posible sobreentender sin texto expreso que la establezca.⁸⁰

Fue en Francia donde se dan los primeros pasos para el reconocimiento de la cautela sociniana tácita. En el siglo XVI, Carolus Molinœus o Charles Dumoulin⁸¹ elaboró la teoría de la recompensa. Consistía en exigir al reservatario, como presupuesto previo al ejercicio de la acción tendente a suprimir el gravamen, que *abandonase* el exceso de lo que el testador le hubiese dejado de más sobre la parte libre. Es decir que, si ejercita la acción para eliminar el gravamen sobre la reserva, deberá abandonar lo que se le haya atribuido con cargo a la parte disponible en justa compensación o recompensa, con lo que solo recibiría la reserva libre. Esta posibilidad ya no dependía de que el testador

78. PALACIOS RUVIOS, J., *Repetitio rubricae et capituli. Per vestras, de donatōnibus inter virum et uxorem*, Lyon, 1537, fol. 22, Rubr. § 25, n. 4; GÓMEZ ARIAS, F., *Subtillissima nec non valde utilis glosa ad famosissimas, subtiles, necesarias ac quotidianas leges Tauri*, ed. Complutensis, 1542, Ley 48, n.º 17, fol. 234. Entre la doctrina posterior, GONZÁLEZ PALOMINO, J., «El usufructo...», *cit.*, pp. 160 y ss. y D'ORS, A., y BONET CORREA, J., «El problema de la división del usufructo (Estudio romano-civilístico)», *Anuario de Derecho Civil*, 5, 1952, fasc. 1, pp. 62-124, p. 117.

79. Así, por ejemplo, ALCIATI, A., *Responsa*, Lugduni, Petrus Fradin, 1561, resp. 497, n.º 2, fol. 339.

80. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Perspectivas...», *cit.*, p. 303.

81. DUMOULIN, C., *Coutumes de Lorris-Montargis* (avec les notes de M. Du Molin), I, Montargis, J., Bobin, 1771, cap. XIII, artículo II, (*Vid. Nouveau Coutumier General ou corps des coutumes generales et particulieres de France et des provinces*, III, Paris, Claude Robustel, 1724, p. 487).

la hubiese establecido y, si el reservatario prefería defender la reserva libre de cargas, estaba renunciando tácitamente al exceso atribuido. Supone un primer paso para el reconocimiento de la cautela tácita y para la formulación legal de una de sus manifestaciones, que desemboca en el artículo 917 Código Civil francés y, por ende, en el 820.3.º del Código Civil español.

En 1735, Le Brun,⁸² sigue en sus líneas generales la tesis de Dumoulin, pero la circunscribe al usufructo sobre la *réserve*.⁸³ Considera que el reservatario tenía la opción de elegir entre lo que el testador le hubiese dejado (la nuda propiedad de bienes que excedían de la legítima) o percibir únicamente la legítima libre de gravámenes, en cuyo caso debería abandonar el exceso.⁸⁴ Antes de la codificación francesa, autores como Pothier retoman el camino apuntado por Dumoulin un siglo antes, al plantear una opción por parte del hijo, que jugaba incluso en el supuesto de que no hubiese sido prevista por el testador: una especie de cautela Socini tácita.⁸⁵

VI. LAS CAUTELAS DURANTE LA CODIFICACIÓN. OPCIÓN COMPENSATORIA LEGAL DEL «CODE» Y SU INFLUENCIA EN LOS CÓDIGOS DECIMONÓNICOS

La opción compensatoria para el supuesto de usufructo sobre la *réserve* hereditaria, defendida por Le Brun, fue acogida por el Código Civil francés, pero extendiéndola al caso de que el gravamen impuesto sobre la reserva fuera una renta vitalicia cuyo valor excediese de la cuota disponible. En este supuesto, el reservatario tendrá la opción *ex lege* de acatar la disposición testamentaria o abandonar la propiedad de

82. Vid. LE BRUN, D., *Traité des successions*, Lib. II, cap. III, sec IV, ed. París, 1775, pp. 287 y ss. (especialmente el n.º 13).

83. Para Ragel Sánchez, las tesis de Le Brun representan el precedente más próximo e importante de la regulación de esta materia en el Código Civil francés. Vid. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La cautela...*, cit., p. 129, n. 41 y los autores citados allí por este autor.

84. La tesis de Le Brun se recoge con mayor detalle en RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La cautela...*, cit., pp. 129-130.

85. RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La cautela...*, cit., p. 130 y n. 44.

la cuota a favor del beneficiario del gravamen, tal y como se establece en el artículo 917 del *Code*: «*Si la disposition par acte entre vifs ou par testament est d'un usufruit ou d'une rente viagère dont la valeur excède la quotité disponible, les héritiers au profit desquels la loi fait une réserve, auront l'option, ou d'exécuter cette disposition, ou de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible*».

El precepto fue criticado por la doctrina francesa⁸⁶ por la introducción de la condición «*dont la valeur excède la quotité disponible*»,⁸⁷ que consideró que este requisito iba en contra del espíritu de la ley y que no podía afectar a la decisión del reservatario. El precepto consagró legalmente la cláusula de opción compensatoria de la cautela Socini e inspiró a los códigos civiles europeos,⁸⁸ en concreto, al Código Civil italiano de 1865 (arts. 810.1.º) y al de 1942 (art. 550), al portugués (art. 2164), al español (art. 820.3.º)⁸⁹ y al suizo (art. 530). Todas estas normas prevén aplicaciones particulares de la cautela Socini, supuestos

86. COLIN, A., y CAPITANT, H., *Curso elemental de Derecho civil*, t. VII, trad. Demófilo De Buen, Madrid, Reus, 1955, p. 543.

87. Según RAGEL SÁNCHEZ, L. F., *La cautela...*, cit., p. 132 «La introducción en el último momento del requisito del *valor del gravamen que excediera de la porción disponible* recuerda poderosamente el supuesto dictaminado por Angelo degli UBALDI (la mal llamada *cautela angélica*), que posiblemente inspiró a Le Brun, y los casos estudiados por los castellanos Palacios Ruvios y Fernando Gómez Arias».

88. ROGUIN, E., *Traité de Droit Civil Comparé. Les successions*, v. IV, París, F., Pichon, 1912, p. 627 escribió hace un siglo que no conocía legislación que declarase expresamente nula o inoperante la cautela sociniana. Cfr. ALEMÁN URIS, J., «Cautela socini. Análisis a propósito de la sentencia de 17 de enero de 2014», *ROED. Revista Online de Estudiantes de Derecho*, 4, 2014, pp. 1-30, p. 8 y n. 28.

89. En Derecho español tenemos dos cuerpos legales forales que reconocen expresamente la validez de la cautela sociniana con carácter general, se trata del Código Civil de Cataluña, en el libro IV, relativo a las sucesiones, el artículo 451-9 párrafos 2 y 3 del Libro IV, que, tras fijar la intangibilidad de la legítima en su párrafo 1, establece como excepción en el párrafo 2, que si la disposición sometida a alguna de las limitaciones 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. Finaliza el párrafo 3 diciendo que, si el legitimario acepta la herencia o el legado sometidos a alguna limitación, se entiende que renuncia al ejercicio de la opción, al igual que el Código Civil de las Islas Baleares que en su artículo 49 establece: «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

de opción limitados a los casos en que el gravamen consista en un usufructo o una renta vitalicia sobre la legítima que, de no estar regulados en la ley, se situarían en la órbita de las cautelas testamentarias introducidas por la voluntad del testador. Por su parte, el §2306. I del BGB posibilita con carácter general la opción del legitimario sea cual sea el gravamen del que se trate; opta por generalizar *ex lege* la cláusula testamentaria de opción compensatoria. El § 2306. I, bajo la rúbrica *Beschränkungen und Beschwerden*, establece: «*Ist ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter durch die Einsetzung eines Nacherben, die Ernennung eines Testamentsvollstreckers oder eine Teilungsanordnung beschränkt oder ist er mit einem Vermächtnis oder einer Auflage beschwert, so kann er den Pflichtteil verlangen, wenn er den Erbteil ausschlägt; die Ausschlagungsfrist beginnt erst, wenn der Pflichtteilsberechtigte von der Beschränkung oder der Beschwerde Kenntnis erlangt*».

VII. LA LEGÍTIMA Y LA CAUTELA SOCINI EN EL DERECHO ESPAÑOL ⁹⁰

VII.1. La legítima y la intangibilidad cualitativa de la misma

La porción legítima en la actualidad es el resultado de una evolución histórica, fruto de la fusión de la concepción romana (preponderante en la formación del concepto español de legítima), de la germánica y de la incidencia del Derecho francés. ⁹¹ El modelo francés fue adop-

aceptar la disposición en la forma establecida o hacer suya la legítima libre de toda carga o limitación».

90. Como hemos indicado supra, en Derecho español existen territorios que contienen regulaciones diferentes así, por ejemplo, el Fuero Nuevo de Navarra, leyes 267 y ss., únicamente recogen la llamada legítima formal que impone al testador que mencione a los legitimarios. Igualmente, hay libertad de testar en el Fuero de Ayala, artículos 134 y ss. del Derecho civil foral del País Vasco, que permite *el apartamiento de los herederos forzosos con mucho o con poco, como quisieren o por bien tuvieran*.

91. Jeantet afirma para el Derecho francés que el problema histórico que envuelve a la *réserve* se presenta como resultado de oposición entre la reserva consuetudinaria francesa y la legítima romana. JEANTET, F. C., *Le droit à la réserve en nature*, París, Dalloz, 1939, p. 9.

tado por la mayoría de los ordenamientos jurídicos pertenecientes a la familia del Derecho romano, si bien, entre ellos pueden mediar diferencias en torno a las personas legitimarias, la cuota de la porción legítima y su naturaleza jurídica.⁹²

El Código Civil español concibe la legítima como porción de bienes de la que el testador no puede disponer por reservarla la ley a determinados herederos, denominados herederos forzosos (artículo 806 C. C.). Los herederos forzosos son por este orden: los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes a falta de los anteriores.⁹³ La legítima de los hijos y descendientes se constituye por los dos tercios del haber hereditario, si bien los padres podrán mejorar a sus hijos o descendientes con un tercio de la legítima, siendo el tercio restante de libre disposición.⁹⁴ En defecto de los anteriores, serán herederos forzosos los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes en una porción de la mitad del haber hereditario, excepto que concurren con el cónyuge viudo, caso en el que la legítima será de un tercio de la herencia.⁹⁵ Finalmente, el cónyuge viudo que, al fallecimiento del causante, no se hallare separado judicialmente o de hecho, tendrá el usufructo sobre el tercio destinado a mejora si concurre con los hijos y descendientes (art. 834 C. C.), de la mitad de la herencia si concurre con ascendientes (art. 837 C. C.) o de las dos terceras partes de la herencia cuando no existan descendientes ni ascendientes (art. 838 C. C.).

En cuanto a la naturaleza jurídica de la legítima, se ha sostenido que es una *pars hereditatis* dada la condición de heredero forzoso del legitimario, que se recoge en el propio artículo 806 C. C. Otros autores⁹⁶ consideran que es una *pars bonorum*, porque el legitimario no tiene que recibir su legítima como heredero ni legatario, sino que se

92. Sobre la evolución histórica y la concepción de la legítima en los principales códigos civiles europeos, *vid.* BERNARD MAINAR, R., «La porción legítima...», *cit.*, pp. 1765-1805.

93. Artículo 807 C. C.

94. Artículo 808 en relación con el artículo 823 C. C.

95. Artículo 809 C. C.

96. *Vid.*, entre otros autores, DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN, A *Instituciones de Derecho civil*, v. II/2, 2.^a edic., Madrid, ed. Tecnos, pp. 306 y ss.

configura como un titular de una parte alícuota del activo hereditario, que será satisfecha por los herederos al momento de la formación hereditaria en la forma en que prefieran.

Las leyes protegen al legitimario tanto cuantitativamente como cualitativamente, no solo cuando se le deje menos de lo que le corresponde por legítima sino también cuando se le deja de manera distinta a la exigible; es la llamada «intangibilidad de la legítima». El legitimario tiene derecho a que se le asigne una determinada cuantía (intangibilidad cuantitativa) y a que lo que se le asigne esté libre de cargas y gravámenes impuestos por el testador (intangibilidad cualitativa). Esta es una expresión que se utiliza por la doctrina⁹⁷ desde aproximadamente la mitad del siglo pasado y supone, entre otros supuestos, en los que ahora no entraremos,⁹⁸ que el legitimario tiene derecho a recibir los bienes hereditarios libres de cargas. Exigencia que se recoge en el artículo 813. II C. C.⁹⁹ La legítima tiene predeterminado el *quantum* y el *quale*.¹⁰⁰

Las lesiones cuantitativas, ya desde el Derecho romano, daban lugar al ejercicio de la acción de suplemento de la legítima o la reducción de legados o mandas inoficiosos. Las lesiones *in qualitate* se consideran como no puestas desde la legislación justinianeas. Actual-

97. Vid. DE FUENMAYOR CHAMPÍN, A., «Intangibilidad...», *cit.*, p. 63 que la atribuye a la doctrina extranjera. Entre los italianos, PESCATORE, G., «Sulla intangibilità...», *cit.*, pp. 526 y ss. y ROMANO CASTELLANA, A., «Natura giuridica...», *cit.*, pp. 296 y ss.

98. Infringe cualitativamente la legítima el dejar al legitimario bienes que no forman parte del haber hereditario, pues la legítima es una cuota sobre el valor líquido del patrimonio a concretar en bienes hereditarios, salvo que jueguen las facultades de satisfacción en dinero recogidos en los artículos 829, 839, 840, 841, 1056. II y el 1402 del C. C. Sin embargo, cuando la ley no prevea excepción, jugará la regla general de pago de la legítima con los bienes hereditarios.

99. Artículo 813. II C. C. «Tampoco podrá [el testador] imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo la disposición del usufructo del cónyuge viudo (ar. 820.3.º) y lo establecido en el artículo 808 respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados».

100. VALLET DE GOYTISOLO, J. B., «Cautelas de opción...», *cit.*, y 408 (= *Centenario de la Ley del Notariado*, Sec. III. Estudios Jurídicos, v. I, Madrid, 1964, pp. 399-708).

mente el legitimario también puede considerarlas por no puestas excepto en el caso de que el gravamen sea un legado de usufructo o renta vitalicia cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, pues entonces se aplica el artículo 820.3.º C. C. El caso en que entra en juego la cautela Socini es aquel en el que el testador le atribuye al legitimario más de lo que por legítima estricta le corresponde, estableciendo un gravamen sobre ella. Es decir, un mayor *quantum* con un menor *quale*.

VII.2. Las cautelas de opción compensatoria de la legítima

El *Code* y la doctrina francesa inspiraron a los redactores del proyecto de Código Civil de 1851, que recogieron la opción compensatoria legal en el artículo 649.3.º con un texto semejante¹⁰¹ al que se recogió en el artículo 820.3.º del actual Código Civil español: «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». El precepto se limita a sancionar legalmente el caso más frecuente, la disposición del usufructo universal (o de renta vitalicia) a favor del cónyuge viudo.

Sin embargo, la cautela gualdense o Socini, en su sentido primigenio de cláusula expresamente recogida por el testador, es muy utilizada en la práctica notarial diaria y está perfectamente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia. Se utiliza con tal profusión que se ha considerado que sería adecuado recogerla en los textos legales, tal y como lo hace el BGB o, en Derecho español, el Código Civil catalán y la compilación de Islas Baleares.¹⁰²

101. Artículo 649.3.º del proyecto disponía: «Si la disposición consiste en un usufructo ó renta vitalicia, cuyo valor se tenga por superior a la parte disponible, los herederos forzosos podrán escoger entre ejecutar la disposición ó abandonar la parte disponible».

102. REAL PÉREZ, A., *Usufructo... cit.*, p. 176.

A pesar de las críticas que ha recibido la cláusula,¹⁰³ la doctrina mayoritaria¹⁰⁴ acepta su validez, indicando que no coacciona ni limita los derechos del legitimario, porque se deja a su libre decisión aceptar el gravamen u optar por recibir la legítima pura e intacta.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que no se había pronunciado expresamente sobre su validez hasta hace relativamente poco, venía sobreentendiendo su eficacia.¹⁰⁵ En el mismo

103. Entre la doctrina de mediados del siglo pasado se ha criticado la utilización de la cautela sociniana, porque consideran que es un artificio en fraude de ley que vulnera la intangibilidad cualitativa y elude la aplicación del artículo 813. II C. C. De esta opinión son autores como MANRESA NAVARRO, J. M., *Comentarios al Código Civil español*, t. VI, 6.ª edic., Madrid, ed. Reus, 1951, p. 468 o ESPINAR LA-FUENTE, F., *La herencia legal y el testamento*, 4.ª edic., Barcelona, ed. Bosch, pp. 398 y ss. Otra parte de la doctrina ha considerado que se trata de una sanción, pena, amenaza o coacción a los legitimarios que deciden reclamar judicialmente sus derechos hereditarios, privándoles del exceso sobre la legítima estricta; entre otros autores, ha mantenido esta opinión HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, L., «La cuota viudal y su regla fija», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 180, 1946, fasc. 4, oct-nov., pp. 390-454. Una tercera postura considera que es una condición suspensiva resolutoria ilícita, al tener el testador prohibido gravar la legítima o impedir la impugnación del testamento cuando sea nulo, de esta opinión es IGLESIAS LÓPEZ DE VÍVIGO, J. M., «Una cláusula de estilo que proclama el usufructo universal y vitalicio del cónyuge viudo», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 188, 1950, fasc. 3 sept., pp. 264-285.

Frente a estas opiniones, los partidarios de la validez de la cautela afirman que no se puede considerar ilícita una cláusula limitativa que el legitimario puede remover pudiendo elegir su legítima libre de cargas, *vid.* REAL PÉREZ, A., *Usufructo...*, *cit.*, p. 244. Tampoco se puede hablar de una verdadera sanción por no atribuir al legitimario aquello a lo que no tenía derecho y que se hubiese podido omitir en todo caso por lo que *strictu sensu* es improcedente referirse a la cláusula en términos de castigo al legitimario, *vid.* ALEMÁN URIS, J., «Cautela Socini...», *cit.*, p. 14.

104. FUENMAYOR CHAMPÍN, A., «Intangibilidad...», *cit.*, p. 67; REAL PÉREZ, A., *Usufructo...*, *cit.*, p. 244; O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho civil. V. Derecho de sucesiones*, 6.º edic., Dijosa, 2007; Díez PICAZO, L., y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho civil*, IV/2. *Derecho de sucesiones*, 11.ª edic., Madrid, Tecnos, 2012, p. 325.

105. *Vid.*, entre las sentencias más antiguas, la STS de 23 de mayo de 1929, que ha sido considerada como uno de los precedentes de mayor significación en la admisión de la cautela. Igualmente, declaran la validez de la cautela sin cuestionarla las STS de 18 de noviembre de 1930 (RJ 1930, 1273), de 29 de diciembre de 1939 (RJ 1939, 105) o 12 de diciembre de 1959 (RJ 1959, 4499).

sentido, la Dirección General de los Registros y Notariado¹⁰⁶ las habían admitido, al menos, por vías indirectas. Las sentencias de 17 de enero y 3 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 4795), que fija doctrina jurisprudencial, suponen el respaldo definitivo a la cautela Socini expresa «configurada válidamente por el testador». Este pronunciamiento expreso da seguridad jurídica al usufructo universal a favor del cónyuge viudo y a otras formulaciones que sortean el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima recogido en el artículo 813 del Código Civil, que prohíbe al testador imponer sobre aquella gravamen, condición o sustitución de ninguna especie.

VIII. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES FINALES

Primero: la jurisprudencia de todas las épocas ha tratado de buscar una vía de flexibilización de la legítima a través de las llamadas cautelas testamentarias, que proliferaron en época medieval para atemperar las severas consecuencias de lo preceptuado por la legislación justiniana.

Segundo: una de las más conocidas y aceptadas fue la cautela Socini, que nace como cláusula expresa, añadida al testamento por la voluntad del testador, donde deja un legado de valor superior a la legítima (compensación), pero con el gravamen de una sustitución fideicomisaria a favor de sus dos hermanos, si muriese sin hijos (*sine liberis decesserit masculis*) añadiendo que, de no conformarse con lo dispuesto, perdería el legado sin más derecho que el de percibir su legítima estricta (opción).

Tercero: las características esenciales que diferencian la cautela Socini de otras cláusulas testamentarias que se han sucedido históricamente son las siguientes: se trata de una previsión expresa del testador, se atribuye al legitimario más de lo que legalmente le corresponde por legítima estricta (compensación), se establece un

Entre las sentencias más recientes, podemos citar SSTs de 10 de julio de 2003 (RJ 2003, 4628, 27 de mayo de 2010 (RJ 2010, 5158), 21 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 1635).

106. Cfr. Resoluciones de la DGRN de 15 de mayo de 2002, 14 de diciembre 2006 y 18 de junio de 2013.

gravamen sobre la legítima y se impone la necesidad de optar entre recibir la legítima libre de cargas o recibir más con el gravamen impuesto por el testador.

Cuarto: en nuestro Derecho, la opción compensatoria, en su sentido primigenio, de cláusula expresamente recogida por el testador, ha sido frecuentemente utilizada en la práctica notarial y perfectamente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia desde hace mucho tiempo.

Quinto: además, los ordenamientos de base romana, entre ellos el español, sancionan legalmente el caso más frecuente de disposición del usufructo universal (o renta vitalicia) a favor del cónyuge viudo (art. 820.3.º del Código Civil).

Sexto: tanto la cautela testamentaria añadida expresamente por el testador como los artículos que le han dado cobertura legal responden a la misma idea justificadora, dejar en las manos del legitimario, que es a quien protegen las normas de intangibilidad, que decida si le conviene o no admitir la disposición del causante.

Séptimo: tras este estudio se comprueba que las soluciones que nos ofrece la historia y el Derecho comparado son variadas. En concreto las siguientes:

— Nulidad del gravamen: el gravamen sobre la legítima se considera por la ley como no puesto y, por tanto, el legitimario, sin perder el mayor *quantum*, puede reclamar todo su correspondiente *quale*. Con esto se favorece mucho al legitimario que recibe *todo* (la legítima y el exceso libre de cargas) en detrimento de la voluntad del testador. Es la solución de la legislación justiniana (C.3.28.32 y Nov. 18.3).

— Opción compensatoria concedida por el testador o cautela Socini propiamente dicha: la opción es concedida por el testador, previniéndola debidamente con el fin de evitar que se aplique *ex lege* la primera solución enumerada: que el legitimario reciba un exceso cuantitativo y a la vez reclame todo el rigor del *quale*. Es decir, que quede más beneficiado que lo que la ley exige y en mayor grado que lo que el causante quiso. Esta es, en sentido estricto, la llamada cautela gualdense o Socini como previsión testamentaria expresamente añadida por el testador, que concede al legitimario un derecho de opción entre aceptar la disposición del testador, por la que se le concede más de lo que le corresponde por legítima estricta

pero sujetándose esta a un gravamen, o limitarse a percibir lo que le corresponde en virtud de la legítima, renunciando al exceso.

— Opción compensatoria tácita: la opción se considera como normalmente querida por el testador y, por tanto, tácitamente dispuesta por aquel, siempre que no la haya eliminado expresamente. Una especie de cautela Socini tácita defendida por la doctrina francesa.

— Compensación forzosa *ex lege* sin opción: debe compensarse *ex lege* el mayor *quantum* hasta donde alcance, con el menor *quale*. Solución contraria a lo establecido por el artículo 813. II del Código Civil español con la que se ve afectada la intangibilidad cualitativa de la legítima y el interés del legitimario puede quedar insatisfecho. Se trata de una compensación forzosa sin que exista opción para el legitimario. Se habría seguido por el Derecho romano clásico respecto al gravamen del usufructo y del fideicomiso recíproco en D.33.2.37 (Scaev., l. 33 *ad ed.*), D. 28.6.39 (Iavol., l. 1 *ex posterioribus*) y C.3.28.12.

— Opción forzosa o legal: normativamente se permite al legitimario optar entre obtener su *quantum* y su *quale* legal o bien preferir la atribución testamentaria de mayor *quantum* con su *quale* limitado. Es el caso recogido en el artículo 917 del *Code* y demás preceptos inspirados en él, que prevén la opción compensatoria para los supuestos en que el gravamen consista en un usufructo o renta vitalicia. El parágrafo 2306. I BGB lo prevé con carácter general para cualquier tipo de gravamen. Se trata de una opción compensatoria forzosa *ex lege*.