

# Problemática que plantea la partición realizada por el propio testador en el ámbito de la empresa familiar

*Problem raised by the partition carried out by the testator himself in the field of family business*

por

MARÍA TERESA PÉREZ GIMÉNEZ  
*Profesora Titular de Derecho Civil*  
*Universidad de Jaén*

**RESUMEN:** Uno de los principales problemas que se plantea en el ámbito de las empresas familiares es el relativo al proceso de sustitución en el liderazgo y en la propiedad, que debe realizarse de manera coordinada para entenderse plenamente culminado. La propiedad debe distribuirse de manera adecuada a la elección del líder, lo que, unido al sistema de legítimas, que regula nuestro Código civil, conlleva la necesidad de compensar a los demás para evitar su lesión.

La planificación de la sucesión aportará importantes beneficios, pues, la necesaria continuación del negocio requiere una mudanza fluida que permita reducir riesgos al tener identificado al futuro líder, quien debe estar preparado para asumir las competencias que le atañen, pero también, para evitar la paralización del funcionamiento de la empresa, y su descomposición, en el caso de existir una pluralidad de sucesores.

Precisamente, para evitar esta desarticulación, el precepto que examinamos permite, vía partición, atribuir la empresa a una sola persona. Esta es una vía útil para la conservación de las empresas familiares, pero se hace necesario profundizar en ella, proponiendo una serie de reflexiones, que nos alerten de las derivadas que se plantean.

Así, se dedica este estudio a la problemática que plantea la partición realizada por el testador y su conexión con el ámbito de la empresa familiar. Se analizan sus elementos más significativos, la posición del adjudicatario de la empresa, la situación del resto de interesados, cómo se efectuará el pago de la legítima, qué garantías existen del mismo y si deberíamos contar con otros mecanismos jurídicamente convincentes, al estilo de la sucesión contractual del Derecho catalán o del *patto di famiglia* del Derecho civil italiano, para analizar que aportaciones se podrían realizar para la conservación de la empresa familiar.

*ABSTRACT: One of the main problems that arises in the field of family businesses is the one related to the process of replacement in leadership and ownership, which must be carried out in a coordinated manner to be fully understood. The property must be distributed in a manner appropriate to the choice of the leader, which, together with the system of legitimate shares regulated by our Civil Code, entails the need to compensate others, to avoid their injury.*

*Succession planning will bring important benefits, since the necessary continuation of the business requires a fluid move that allows reducing risks by having identified the future leader; who must be prepared to assume the responsibilities that concern him, but also, to avoid the paralysis of the operation of the company, and its decomposition in the case of there being a plurality of successors.*

*Precisely, to avoid this disarticulation, the precept that we examine allows, via partition, to attribute the company to a single person. This is a useful way to preserve family businesses, but it is necessary to go into it in more depth, proposing a series of reflections that alert us to the consequences that arise.*

*Thus, this study is dedicated to the problem posed by the partition carried out by the testator and its connection with the scope of the family business. It will analyze its most significant elements, the position of the successful bidder of the company, the situation of the rest of the interested parties, how the payment of the legitimate portion will be made, what guarantees exist for it whether we should rely on other legally convincing mechanisms, such as contractual succession in Catalan law or the *patto di famiglia* in Italian civil law, to analyze what contributions could be made to preserve the family business.*

**PALABRAS CLAVE:** Sucesión, testador, testamento, partición testamentaria, empresa familiar, conservación.

**KEYWORDS:** Succession, testator, last will and testament, testamentary partition, family-owned business, continuity.

**SUMARIO:** I. LA PARTICIÓN: LEGITIMACIÓN PARA PEDIRLA Y TIEMPO PARA REALIZARLA.—II. TIPOLOGÍA DE LA PARTICIÓN.—III. LA PARTICIÓN REALIZADA POR EL TESTADOR.—IV. LA FACULTAD CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 1056 DEL CÓDIGO CIVIL. 1. QUIÉN PUEDE EJERCITAR LA FACULTAD RECOGIDA EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1056 DEL CÓDIGO CIVIL: EL TESTADOR. 2. EL ADJUDICATARIO DE LA EMPRESA. 3. LOS DEMÁS INTERESADOS. 4. EL OBJETO DE LA TRANSMISIÓN: LA EXPLOTACIÓN ECONÓMICA O SOCIEDAD DE CAPITAL. 5. RAZONES PARA LA ADJUDICACIÓN: LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA Y EL INTERÉS DE LA FAMILIA. 6. EFECTO: EL PAGO EN METÁLICO DE LA LEGÍTIMA. 7. BREVE REFERENCIA AL CONTADOR-PARTIDOR TESTAMENTARIO.—V. LA SUCESIÓN CONTRACTUAL: ¿UNA SOLUCIÓN PARA LA EMPRESA FAMILIAR? 1. EL *PATTO DI FAMIGLIA* DEL DERECHO CIVIL ITALIANO. 2. PACTOS SUCESORIOS DEL DERECHO CATALÁN.—VI. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.—RESOLUCIONES.

## I. LA PARTICIÓN: LEGITIMACIÓN PARA PEDIRLA Y TIEMPO PARA REALIZARLA

Tras la regulación de la figura de la colación, el Código civil dedica los artículos 1051 a 1072 a la ordenación del conjunto de operaciones dirigidas a llevar a cabo la división y adjudicación del activo de la herencia, dando lugar a la extinción de la comunidad hereditaria. Se trata de una serie de fases, que, si bien no están específicamente recogidas en el Código civil, si lo están en la Ley de Enjuiciamiento civil en los casos de división judicial de patrimonios<sup>1</sup> y han sido consideradas por la jurisprudencia, de manera positiva, como medio de garantía de que aquélla esté bien realizada; así, el inventario de bienes, derechos y deudas, el avalúo o valoración de los mismos, la liquidación de las deudas y demás cargas, la formación de lotes y la adjudicación de los bienes hereditarios a los herederos en función de sus respectivas cuotas; conformando un acto jurídico muy complejo que culmina el proceso sucesorio.

Son, por lo tanto, sujetos de la partición todos los llamados a la herencia a título universal, que hasta ahora conforman la comunidad hereditaria y los legatarios de parte alícuota. La partición podrá afectar a todos los bienes y derechos que conforman la comunidad hereditaria y de igual modo, incidir, únicamente sobre parte de los bienes, en cuyo caso, tendrá carácter parcial, manteniéndose la comunidad sobre los demás, que podrán ser objeto de una partición posterior.

Y esto es así pues ningún heredero puede ser obligado a permanecer en la indivisión de la herencia pudiendo, siempre que tenga la libre administración y disposición de sus bienes, solicitar en cualquier tiempo la partición de la misma;<sup>2</sup>

y de ahí que el artículo 1965 del Código civil afirme que no prescribe entre coherederos la acción para pedir la partición de la herencia.<sup>3</sup>

A pesar de lo anterior, el artículo 1051 considera la excepción de que sea el propio testador quien prohíba la división, prohibición que, a su vez, cederá si se diera alguna de las causas por las cuales se extinguen las sociedades,<sup>4</sup> si bien no debe afectar a los herederos que a su vez sean legitimarios pues ello supondría la existencia de una limitación e iría en contra del principio de intangibilidad cualitativa de la legítima dado que sobre ella no se puede imponer ningún tipo de gravamen, condición o sustitución.<sup>5</sup>

De acuerdo con lo anterior, los más interesados y principales legitimados para pedir la partición son los coherederos,<sup>6</sup> como sucesores que han sido llamados a recibir una parte alícuota de la herencia, con independencia del título de atribución, testamentario o legal, siempre que sean herederos efectivos, que han adquirido dicha condición en virtud de la aceptación.<sup>7</sup> Por la misma razón, no competirá a los sucesores a quienes el causante haya atribuido la titularidad de bienes determinados, al haberlos designado como legatarios, pues adquieren la propiedad de los bienes asignados así como sus frutos y rentas pendientes desde que el testador muere<sup>8</sup> o si siendo herederos les benefició con bienes concretos para el pago de sus cuotas.

Para pedir la partición es requisito indispensable no tener limitado el ejercicio de su capacidad jurídica; por ello, si se contase con medidas de apoyo por razón de discapacidad, se estará a lo que se disponga en las mismas;<sup>9</sup> si se tratara de menores, la partición la tendrán que pedir sus progenitores o quien ejerza la tutela, de no estar sometidos a patria potestad y siempre que no exista conflicto de intereses que hagan preciso el nombramiento de un defensor judicial.<sup>10</sup>

Alguna duda plantea la situación del menor emancipado. Si tomamos en consideración el artículo 247 del Código civil debe poder pedir la partición. Este precepto le permite comparecer en juicio y, además, le habilita para regir su persona y sus bienes como si fuera mayor, con limitaciones muy concretas, tomar dinero a préstamo y gravar o enajenar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales y objetos de extraordinario valor. No se incluye la imposibilidad de pedir la partición y no me parece un obstáculo para ello que el artículo 1052 afirme que el heredero debe tener la libre administración y disposición de sus bienes, pues el emancipado la tiene, si bien con las limitaciones mencionadas, que le afectarán una vez que la partición esté realizada y se encuentre, en su caso, que la adjudicación incluye bienes respecto de los cuales se establecen limitaciones a su poder de disposición; idea que encuentra un apoyo añadido en el artículo 1058 del Código civil que sólo se refiere a la libre administración de los bienes, como requisito para que los herederos puedan distribuir la herencia de

la manera que consideren más conveniente, si el testador no hubiera hecho la partición ni encomendado a otro esta facultad. Por último, para el caso de ausencia del heredero, se prevé que la partición sea solicitada por su representante legal y si no lo tuviera se convocará al Ministerio Fiscal.<sup>11</sup>

La petición de partición deberá dirigirse al resto de coherederos y legatarios de parte alícuota que constituyen la comunidad hereditaria, pues la titularidad del caudal que la conforma pertenece a todos ellos en proporción a las cuotas que les correspondan y además, de manera forzosa pues para su nacimiento basta la existencia de varios llamados a título universal que acepten la herencia; aceptación que les sirve para adquirir la cualidad de heredero pero que no implica convenio de comunidad entre los aceptantes (SANCHEZ CALERO, 2021, 430);<sup>12</sup> y por esto mismo, es incidental o transitoria pues no tiene una vocación de continuidad, siendo la petición de partición y la división del caudal hereditario la forma natural y más frecuente de extinguirse la comunidad hereditaria,<sup>13</sup> haciendo realidad el derecho que tienen los partícipes en la misma a convertir su cuota en la adjudicación de bienes concretos y singulares. Mientras no se practique la partición no se adquiere la propiedad de los bienes adjudicados, siendo los coherederos partícipes de una comunidad en la porción ideal que le asigne su cuota sobre la totalidad de los bienes de la herencia; razón por la cual, si el heredero o legatario de parte alícuota hubiera transmitido su cuota ideal a un tercero, perdería la legitimación para pedir la partición, que en este caso correspondería a los cesionarios o adquirentes de dicha cuota hereditaria.<sup>14</sup>

En atención a lo anterior, la doctrina mayoritaria y así se pronuncia la jurisprudencia, reconoce un carácter sustitutivo o especificativo a la partición, pues su principal efecto consiste en cambiar un derecho impreciso por otro que se concreta sobre bienes ciertos y determinados que pasan a formar parte del haber particular de cada heredero.<sup>15</sup>

Brevemente, en relación con la posición de los acreedores ante la partición se deben distinguir dos situaciones: de un lado, los acreedores del causante y de otro lado, los acreedores de los herederos. En cualquier caso, el punto de partida lo marca el artículo 782 de la Ley de Enjuiciamiento civil que impide en su párrafo tercero que puedan instar la división, sin perjuicio de las acciones que les correspondan contra la herencia, la comunidad hereditaria o los coherederos, que deberán ejercitarse en el juicio declarativo que corresponda. En este sentido, se les reconocen determinadas facultades; así, el artículo 1082 del Código civil permite que los acreedores del causante, reconocidos como tales,<sup>16</sup> puedan oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia en tanto en cuanto se les paga o afianza el importe de sus créditos; y el artículo 1083, para los acreedores de los coherederos, permite que intervengan, a su costa, en la partición para evitar que esta se lleve a cabo en fraude o perjuicio de sus derechos. Se trata de una medida

de prevención que les permitirá estar perfectamente informados de los trámites que se llevan a cabo para evitar componendas que les haga imposible el cobro de las deudas.

## II. TIPOLOGÍA DE LA PARTICIÓN

La partición de la herencia puede llevarse a cabo por vía judicial o extra-judicial. Para este segundo caso, se puede dar la situación en la que haya sido el propio causante quien haya expresado, a través de una declaración unilateral de voluntad, de manera concreta en su testamento qué bienes debe recibir cada heredero; la pueden haber acordado estos últimos y ser, por lo tanto, fruto de un pacto; se puede haber encomendado a un tercero, contador-partidor, nombrado por el propio causante en su testamento o designado, incluso, por los herederos. Al margen de estas posibilidades, la partición se puede llevar a cabo, si hay oposición, a través del procedimiento especial para la división de herencia recogido en los artículos 782 a 789 de la Ley de Enjuiciamiento civil, al que remite el artículo 1059 del Código civil. A todas estas vías podemos añadir la arbitral, bien porque haya sido acordada por los herederos, bien porque sea este el medio de resolución de conflictos previsto, en el testamento, para atender las controversias entre sucesores no legitimarios.<sup>17</sup>

Veamos, brevemente, cada uno de estos tipos de partición para situar el contexto, dejando para el próximo epígrafe el desarrollo de la partición que realiza el propio testador al ser el objeto principal de nuestro estudio.

### — *Partición realizada por el testador*

El testador, como principal artífice de su sucesión, puede llevar a cabo la distribución concreta de sus bienes de la manera que considere más oportuna, como expresión de su última voluntad si lo hace *mortis causa*, o en un acto separado *inter vivos*, de manera verbal o escrita, en documento público o privado, que guarde conexión con su testamento. Con claridad el artículo 1056 del Código civil afirma que cuando el testador hace, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, siempre que no se perjudique la legítima de los herederos forzosos. En estos casos, el testador no sólo señala la cuota<sup>18</sup> que corresponde a los herederos, sino que también señala los bienes que deben integrarla, evitando la creación de la comunidad hereditaria.

A la problemática que plantea este tipo de partición en relación con el análisis del segundo párrafo del artículo 1056 del Código civil y su conexión con el ámbito de la empresa familiar se dedicarán los dos próximos epígrafes.

— *Partición realizada por comisario o contador-partidor testamentario*

Según el artículo 1057 del Código civil en su párrafo primero, el testador puede encomendar, por acto *inter vivos* o *mortis causa*, la facultad de hacer la partición para después de su muerte a cualquier persona que no sea uno de los coherederos, dado el interés directo de estos en el resultado de la misma. Se trata de una persona de confianza del testador que podrá actuar con libertad, pero sometido a las disposiciones testamentarias.

A pesar de su similitud no se trata de un albacea, que sería la persona, también de su confianza, nombrada por el testador con el encargo de ejecutar las disposiciones de su testamento, velando así por el cumplimiento de su última voluntad. Para ello, tendrá todas las facultades que expresamente le haya conferido el testador y si no se hubieran señalado, le corresponderá disponer y pagar los sufragios y su funeral; satisfacer los legados que consistan en metálico con el conocimiento y beneplácito de los herederos; vigilar la ejecución del testamento, sostener su validez en juicio y fuera de él y tomar las precauciones necesarias para la conservación y custodia de los bienes.<sup>19</sup> En principio, por sus funciones son dos encargos diferentes, si bien el albacea, si así lo establece el causante puede ser a la vez contador-partidor. Además, al no estar regulada expresamente esta figura en el Código civil, la jurisprudencia acude analógicamente a la normativa del albaceazgo para establecer su régimen jurídico.

Al igual que en el caso del albaceazgo, el de contador-partidor es un cargo *voluntario* y por ello se puede aceptar o renunciar libremente, entendiendo que se acepta si no hay excusa dentro de los seis días siguientes a aquel en que se tiene noticia del nombramiento, o si este ya le era conocido, dentro de los seis días siguientes a aquel en que supo la muerte del testador;<sup>20</sup> es *personalísimo*, por lo que no puede delegarse; *temporal*, pues si el testador no hubiera fijado un plazo de actuación deberá cumplir su encargo dentro de un año, contado desde su aceptación; si el testador quisiera ampliar este plazo deberá señalar expresamente el de la prórroga; si no lo señala, se entenderá prorrogado por el plazo de un año; si transcurrida esa prórroga no se hubiera cumplido la voluntad del testador, podrán el secretario judicial o el notario conceder otra, por el tiempo que fuera necesario, atendidas las circunstancias del caso; también los herederos y legatarios, de común acuerdo, podrán prorrogar el plazo por el tiempo que crean necesario; pero si el acuerdo se adoptara sólo por mayoría, la prórroga no podrá exceder de un año<sup>21</sup> y *gratuito*, dado que sólo existirá remuneración si así lo dispuso el testador, sin perjuicio de que si su nombramiento se debiera también a su pericia pueda cobrar los trabajos que, en el ámbito estricto de sus competencias, pudiera llevar a cabo.<sup>22</sup>

Se trata, por último, de un encargo *revocable* pues este nombramiento sólo surtirá efecto tras la muerte del testador, momento en el que nos hemos de remitir

a la que haya sido su última voluntad, y que, en su caso, debe desarrollarse de manera objetiva e imparcial.

Siendo su misión principal llevar a cabo la partición tiene la potestad de, de acuerdo con la voluntad del testador y la normativa aplicable, llevar a cabo las operaciones de inventario,<sup>23</sup> valoración de bienes, liquidación, formación de lotes y adjudicación de los mismos,<sup>24</sup> para lo que se le deben reconocer además, otras facultades necesarias para llevar la partición a buen término: así, la liquidación, en su caso, de la sociedad de gananciales con el cónyuge viudo;<sup>25</sup> la interpretación del testamento, como requisito necesario para poder cumplir su encargo, lo que le puede llevar a leves subsanaciones por la necesidad de ajustar la voluntad del causante a las normas vigentes;<sup>26</sup> completar dentro del plazo establecido, con bienes omitidos, una partición anterior;<sup>27</sup> determinar el carácter colacionable de una donación; adjudicar bienes con la encomienda de pagar deudas de la herencia; y reducir legados si su valor es superior a la parte disponible.

El cuaderno particional que prepare no está sujeto a una forma determinada<sup>28</sup> ni tampoco a la aprobación de los coherederos que deben respetar la partición practicada por el contador partidor, no pudiendo instar la división judicial de la herencia; lo que no es óbice para que puedan impugnar la partición o solicitar su rescisión si consideran que la actuación del contador partidor les ocasiona perjuicio.

#### — *Partición realizada por los herederos*

Cuando el testador no ha hecho la partición, ni ha encomendado a otra persona esta facultad, los coherederos pueden, de común acuerdo y siempre que exista unanimidad <sup>29</sup> como requisito de validez, distribuir los bienes de la herencia de la manera que consideren más conveniente, incluso al margen de la voluntad del testador, realizando negociaciones y renuncias y sin atender a la igualdad de lotes que establece el artículo 1061 del Código civil.

Se trata, pues, de una partición convencional, basada en el principio de autonomía de la voluntad, de naturaleza contractual, cuya validez está avalada por el consentimiento de herederos y legatarios de parte alícuota, partícipes de la comunidad hereditaria. Si alguno de ellos hubiera enajenado su cuota, se habrá de contar con el beneplácito del adquirente de la misma. En cualquier caso, se requiere como requisito de capacidad la mayoría de edad y libertad en la administración de los bienes; lo que no supone un obstáculo para los menores de edad que podrán intervenir si están legítimamente representados por sus progenitores o tutores, ni tampoco para la persona con discapacidad, pues será el curador con facultades de representación quien actúe en la misma. Como explica el artículo 1060 del Código civil, el tutor necesitará aprobación judicial de la partición efectuada e igualmente el curador, una vez se haya practicado. Si la partición la realiza el defensor judicial,<sup>30</sup> designado para actuar en nombre de un menor o de

una persona a cuyo favor se hayan indicado medidas de apoyo, si existe conflicto de intereses, necesitará, igualmente, la aprobación del juez, salvo que se haya dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

La partición efectuada por los coherederos no está sujeta a especiales requisitos de forma para considerarla válida y eficaz. Se aplica el principio de libertad de forma, sin perjuicio, obviamente, de su necesaria documentación a efectos de la prueba de su existencia y para poder llevar a cabo la posterior inscripción de las adjudicaciones concretas en el Registro de la propiedad.

— *Partición realizada por contador partidor dativo*

No habiendo testamento, contador-partidor en él designado o vacante el cargo, el letrado de la administración de justicia, vía jurisdicción voluntaria, o el notario, a petición de herederos y legatarios de parte alícuota que representen, al menos el 50 por cien del haber hereditario, y con citación de los demás interesados, si su domicilio fuera conocido, podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas que la Ley de Enjuiciamiento civil y del Notariado establecen para la designación de peritos.<sup>31</sup> La partición así realizada requerirá aprobación del letrado de la administración de justicia o del notario, salvo confirmación expresa de todos los herederos y legatarios de parte alícuota.

A través de esta vía se evita acudir a la partición judicial si no se consigue la previa unanimidad entre los herederos, si bien la partición efectuada, el cuaderno particional, requerirá, para su eficacia, la confirmación expresa de todos ellos; razón por la cual se le puede atribuir, también en este caso, naturaleza contractual. No en vano, cuando el precepto alude a la intervención de los demás interesados, debemos considerar que hace un llamamiento al resto de partícipes en la comunidad hereditaria que no hubieran pedido este nombramiento de contador-partidor, a los acreedores del causante y al cónyuge viudo.

— *Partición realizada por la vía del arbitraje*

La partición de la herencia se puede llevar a cabo, también, recurriendo al arbitraje.<sup>32</sup> Esta modalidad de partición puede ser interesante para la empresa familiar, bien porque ésta haya sido la voluntad del testador y así lo haya instituido en alguna disposición testamentaria con la intención de solucionar diferencias de criterio entre herederos no forzosos<sup>33</sup> y legatarios, por cuestiones relativas a la administración y distribución de la herencia; bien porque sean los propios herederos los que ante controversias respecto a la división de la herencia, decidan el nombramiento de un árbitro para dirimirlas.

El convenio arbitral obligará a las partes a cumplir lo estipulado al tiempo que impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje siempre que ello se invoque mediante declinatoria por quien tenga interés en ello.

Esta declinatoria no impedirá proseguir con las actuaciones arbitrales y del mismo modo, el convenio arbitral no impedirá que las partes soliciten de un tribunal la adopción de medidas cautelares.<sup>34</sup>

El laudo que se emita contendrá las operaciones particionales y deberá ajustarse a la normativa vigente en relación con la igualdad de los lotes que resulten. Las partes interesadas deben haber tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos y tanto ellas como el árbitro y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar confidencialidad de las informaciones que conozcan.<sup>35</sup>

El laudo deberá constar por escrito, estar motivado y firmado, constando la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje. En él se pronunciarán también sobre las costas, honorarios y gastos. Se notificará a las partes en la forma y plazo que éstas hayan acordado o en su defecto, mediante entrega a cada una de ellas de un ejemplar firmado. El laudo podrá ser protocolizado notarialmente. Dentro de los diez días siguientes a la notificación, cualquiera de las partes podrá, con notificación a la otra parte, solicitar a los árbitros la corrección de cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico; la aclaración de algún punto; el complemento del laudo respecto de peticiones no resueltas en él; y la rectificación si se han resuelto cuestiones no sometidas a su decisión.<sup>36</sup>

El laudo producirá efecto de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá ejercitarse la acción de anulación, y en su caso, la revisión de la manera establecida para las sentencias firmes en la Ley de Enjuiciamiento civil, norma por la que también se regirá su ejecución forzosa.<sup>37</sup>

#### *— Partición judicial*

Ante la ausencia de partición testamentaria, nombramiento de contador partidor,<sup>38</sup> imposibilidad de acuerdo unánime de los coherederos y si no se acude a la vía del arbitraje, no queda más solución a quienes estén interesados en la partición que acudir a la vía judicial. A la división judicial de patrimonios y en concreto, a la división de la herencia se refieren los artículos 782 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento civil, a los que nos remite el artículo 1059 del Código civil, en el caso de que los herederos mayores de edad no se entiendan sobre el modo de hacer la partición.

Se trata de una vía de partición subsidiaria que queda supeditada a que las sendas previstas en los epígrafes anteriores no se hayan contemplado o no hayan resultado viables. Dicha subsidiariedad se deduce, igualmente, del artículo 789 de la Ley de Enjuiciamiento civil que permite que, en cualquier estado del juicio, los interesados puedan separarse de su seguimiento y adoptar los acuerdos que estimen convenientes.

Este procedimiento se podrá iniciar a instancia de cualquier heredero o legatario de parte alícuota, siendo importante destacar que no persigue en sí mis-

mo la declaración de derechos, sino facilitar a los partícipes en la comunidad hereditaria un título que sea suficiente para llevar a cabo la transmisión de los bienes, pasando de un derecho abstracto sobre el patrimonio, a uno concreto sobre los bienes que les adjudiquen y al mismo tiempo, para el caso de los bienes inmuebles, un título que permita llevar a cabo la inscripción en el Registro de la propiedad. Este y no otro es su valor.

En este sentido, los interesados deberán ponerse de acuerdo sobre el nombramiento de un contador que practique las operaciones divisorias del caudal, y sobre el nombramiento de los peritos que deban intervenir en la valoración de los bienes. Si hay falta de acuerdo se designarán mediante sorteo.<sup>39</sup>

Una vez determinados, el Letrado de la Administración de justicia entregará los autos al contador y pondrá a disposición de los peritos los objetos, documentos y papeles que necesiten para hacer el inventario, en su caso, el avalúo, la liquidación y división del caudal hereditario. El letrado podrá fijar al contador un plazo para que presente las operaciones divisorias, siendo, en caso contrario, responsable de posibles daños y perjuicios.

Realizadas dichas operaciones,<sup>40</sup> el letrado emplazará a las partes para que en diez días formulen oposición por escrito. En ese plazo, podrán examinar los autos y operaciones divisorias. Si no hubiera oposición, el letrado dictará decreto aprobando las operaciones realizadas y mandando su protocolización. Si, por el contrario, los interesados no estuvieran conformes, se convocará al contador y a las partes a una comparecencia ante el tribunal, que se celebrará en los diez días siguientes. Si de la comparecencia resulta conformidad, se ejecutará lo acordado incluyendo, en las operaciones divisorias, las reformas convenidas. Si no hubiera conformidad, el tribunal oirá a las partes, admitirá las pruebas que se propongan siempre que no sean impertinentes o inútiles, continuándose la sustanciación de acuerdo con las normas previstas para el juicio verbal. La sentencia que recaiga se llevará a efecto, pero no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer sus derechos en el juicio ordinario que corresponda.

Aprobada definitivamente la partición, el letrado entregará a cada interesado lo que se le haya adjudicado con su título de propiedad; con una salvedad, si algún acreedor de la herencia ha manifestado su oposición a que se lleve a cabo la partición, no se hará la entrega de los bienes mientras sus créditos no estén completamente pagados o garantizados.

### III. LA PARTICIÓN REALIZADA POR EL TESTADOR

Como se anunció en un epígrafe anterior, la posibilidad de que sea el propio testador quien realice la partición de su herencia queda recogida en el artículo

1056 del Código civil que en su primer párrafo afirma que cuando sea el testador quien haga la partición de sus bienes, ya sea por acto inter vivos o de última voluntad, se habrá de pasar por ella, siempre que no perjudique la legítima de los herederos forzosos; precepto que debemos completar con el artículo 1075, también del Código civil, según el cual, la partición que haga el difunto no se puede impugnar por causa de lesión, salvo en el caso de perjuicio para la legítima de los herederos forzosos o que aparezca o racionalmente se pueda presumir que fuera otra la voluntad del testador.

Es lógico que siendo *la voluntad del causante de la herencia la ley principal que debe regir cualquier sucesión*, se permita que sea el mismo quien lleve a cabo la división y distribución de sus bienes de la manera que mejor considere, evitando la previa y común situación de comunidad hereditaria, pues el resultado de la misma será el conferir a cada heredero la propiedad de los bienes que para él se hayan señalado.

De acuerdo con lo anterior, el testador, en el propio testamento o en un acto separado, que guarde conexión con el anterior,<sup>41</sup> determinará que bienes concretos de su patrimonio atribuye a sus herederos. Se trata, pues, de adjudicaciones específicas de bienes, de carácter particional, que vienen a llenar las cuotas de los instituidos herederos; razón por la cual la partición realizada por el propio testador impide que surja la comunidad hereditaria;<sup>42</sup> si bien se ha de tener en cuenta que estas asignaciones se tendrán que respetar aun cuando no se ajusten a dicha cuota, siempre y cuando las legítimas queden salvadas<sup>43</sup> y al margen de que el testador realice una partición que abarque todos los bienes que componen su patrimonio o sea necesaria con posterioridad una partición complementaria, si al tiempo de su muerte los bienes que conforman su patrimonio no coinciden exactamente con aquéllos de los que pudo disponer cuando realizó su testamento, lo que, por otra parte, es bastante habitual.

En atención al artículo 1056, se debe afirmar que la voluntad del causante *debe ser respetada por los herederos*, en cuanto no perjudique derechos legítimos de los herederos forzosos.

Esto es, una vez que se haya determinado quiénes son los parientes que quedan a la muerte del causante, se haya analizado su testamento e interpretado las cláusulas que pudieran dar lugar a confusión o conflicto, se haya verificado quiénes son finalmente las personas interesadas en la herencia, se haya liquidado, en su caso, la sociedad de gananciales, se haya realizado el inventario y el avalúo de su patrimonio, para lo cual se habrán de tener en cuenta las donaciones llevadas a cabo por el causante y el carácter privativo o ganancial de algunos bienes, si no se hubiera hecho la liquidación de la sociedad ganancial, se haya llevado a cabo el pago de las deudas de la herencia, se haya determinado si debe operar algún tipo de reserva y por ello, el destino que se ha de dar a bienes concretos; se hará

el cálculo de las legítimas si existen legitimarios en dicha sucesión; para ello, se han de tener en cuenta posibles donaciones, que junto con los legados, si hubiera, habrán de imputarse y reducirse en su caso; sin perder de vista, eventuales supuestos de desheredación o preterición de herederos forzosos.

Respetadas las legítimas por el causante-testador, sus herederos deben acatar su voluntad soberana y acomodarse a los bienes que se les adjudiquen. La partición llevada a cabo por el causante es preferente y, además, no queda sujeta a la obligación de guardar la igualdad de lotes que establece el artículo 1061 del Código civil, en cuanto deben estar conformados por bienes de la misma naturaleza, especie o calidad. La libertad del testador, en este aspecto, es máxima; respetadas las legítimas puede formar lotes que no sean iguales ni homogéneos, incluso en el caso de que los herederos sean también legitimarios, siempre que sus legítimas sean respetadas desde un punto de vista cuantitativo,<sup>44</sup> pues si bien la legítima, en principio, es *pars bonorum* y debe ser satisfecha con bienes de la herencia, los artículos 841 y siguientes del Código civil consagran la posibilidad, tratándose de una sucesión de descendientes, de que ésta sea satisfecha en metálico; ello requerirá la confirmación expresa de todos los hijos o descendientes o bien aprobación por el secretario judicial o el notario. Esta opción del testador no afectará ni a los legados de cosa específica ni a las disposiciones particionales del testador señaladas en cosas determinadas. En este caso, cualquier divergencia entre institución y partición ha de resolverse a favor de esta última.

Por otra parte, en atención a lo dispuesto en los artículos 1069 y 1070 del Código civil, si el testador realiza la partición, no existirá obligación recíproca para los coherederos de *saneamiento por evicción o vicios ocultos* que afecten al valor de los bienes, siempre que el causante no se haya manifestado en sentido contrario de manera expresa; no se perjudique la legítima del heredero, si fuera legitimario,<sup>45</sup> o se deduzca tácitamente la voluntad favorable del causante al saneamiento, si no existiera correspondencia entre la ordenación testamentaria y los bienes adjudicados a los herederos. Se nos plantea de nuevo la divergencia entre la institución y la partición, de la misma manera que se puede plantear, si la partición se refiere a bienes que cuando se abre la sucesión ya no están en el patrimonio del causante porque ha dispuesto de los mismos. Es fundamental, de nuevo, la tarea interpretativa del testamento para averiguar la voluntad última del causante y proceder en consecuencia.<sup>46</sup>

Por todo ello, tampoco quedará sujeto a la pauta de *rescisión por lesión en más de la cuarta parte*, atendiendo al valor de las cosas cuando fueron adjudicadas,<sup>47</sup> pues ello sólo será posible si el perjuicio lo es de la legítima o se puede constatar que fue otra la voluntad del testador, lo que nos lleva, de nuevo, a la cuestión de la discordancia entre la disposición testamentaria y la partición. Para algunos estudiosos, la solución del artículo 1075 Cc no ofrece tacha si la

partición discrepante se contiene en el mismo o ulterior testamento, pero se debe descartar cuando se verifica por acto inter vivos, pues la jurisprudencia lo ha degradado a una existencia como mero documento ejecutorio de un testamento cuyos llamamientos no puede contradecir (CARBALLO FIDALGO, 2011, 1733).<sup>48</sup>

A mi juicio no se puede dar una solución única y se ha de estar al caso concreto. Partiendo de que el artículo 1056 admite que la partición hecha por el testador puede estar contenida en un acto inter vivos o de última voluntad, debemos centrarnos en las características que debe reunir ese acto inter vivos. Así, debe ir referido, en todo caso, a un testamento del que trae causa y que lo justifica; de ahí, su carácter accesorio y que deba seguir sus vicisitudes. Esta declaración se plasmará en un documento público o privado,<sup>49</sup> con la consiguiente problemática que plantee la prueba de su existencia y el acceso al Registro de la propiedad, pero, en cualquier caso, deberá incluir una declaración de voluntad unilateral, en la que se requiera la misma capacidad que para realizar el testamento y en la que no existan vicios del consentimiento. Este acto tendrá un contenido limitado, hacer la adjudicación de bienes concretos en relación con una institución testamentaria y en ningún caso será posible la disposición de bienes de manera distinta a la inicialmente prevista pues ello lo invalidará al no haberse realizado con las solemnidades necesarias para testar; supuesto en el que, en caso de discordancia, deberá prevalecer la disposición testamentaria. En consecuencia, un testamento posterior del causante no sólo dejará sin efecto el testamento anterior sino también el acto inter vivos de partición asociado a aquél. Si este acto inter vivos reúne estos requisitos se habrá de respetar, aunque la adjudicación de bienes cree desigualdades entre los herederos llamados, siempre que las legítimas estén a salvo.

El perjuicio de la legítima ha de entenderse en la doble consideración que le otorga el principio de intangibilidad: cuantitativa y cualitativa. Así, las cuotas fijadas por la ley deben ser siempre respetadas y en función de la situación concreta, el valor que tengan las mismas, pues el legitimario tiene derecho a recibir íntegramente la legítima que le corresponda, para ello, si fuera necesario, se habrán de reducir las disposiciones realizadas por el causante, si con ellas se vulneran las legítimas; y, por otra parte, esos bienes han de recibirse libres de todo tipo de gravamen, carga, condición o sustitución.<sup>50</sup>

Por lo tanto, sólo en el supuesto de que la partición atentara contra la legítima, el legitimario perjudicado podrá actuar pidiendo el complemento de la misma; para ello, si fuera necesario, y según el caso, instará la reducción de la institución de heredero por haber recibido aquél más de lo que el causante podía atribuirle; podrá pedir la reducción de legados, lo que se llevará a cabo a prorrata a salvo que el causante hubiera declarado el carácter preferente de alguno de

ellos y podrá plantear la acción de reducción de donaciones, si a la muerte del causante y previa imputación de las mismas se comprueba que son inoficiosas.

En consecuencia, la partición efectuada por el testador es inatacable por diferencias de valor, siempre que las legítimas estén a salvo, a no ser que se pueda probar la falta de concordancia interna entre la voluntad reflejada al hacer la institución y la partición concreta que realiza; es decir, a no ser que aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador.

Para ello será necesario que *la interpretación del testamento* nos lleve a dicha consideración pues en principio, debe primar el sentido literal de los términos empleados por el testador y sólo cuando aparezca claramente que su voluntad fue otra, se puede prescindir de ese sentido literal y atribuir a la disposición testamentaria un alcance distinto;<sup>51</sup> esto sólo ocurrirá si existen términos o expresiones de dudosa significación que permitan descubrir en la declaración de voluntad un sentido real distinto del aparente; sin olvidar que la labor interpretativa tiene como finalidad la determinación de lo que el causante quería cuando testó, cuál era su verdadera voluntad, aquello que ha de producir sus efectos después de su muerte; para que de esa interpretación, el resultado sea armónico y congruente.

En su caso, la interpretación corresponderá a los herederos, al albacea designado o en su defecto, a la autoridad judicial. Del artículo 675 del Código civil resulta que el centro de gravedad de la interpretación de las disposiciones de última voluntad radica esencialmente en la fijación de la voluntad real o más probable del testador en el instante de otorgamiento del testamento. Para ello, el primer elemento de interpretación será el textual, presumiendo que las palabras utilizadas por el testador reproducen fielmente su voluntad, aun cuando se pueda acudir a la prueba extrínseca, destacando la importancia de factores tales como el teleológico o el sistemático, pues quien pudiera aclararla ya no vive y el carácter formal del testamento exige partir de los términos en los que la declaración aparezca redactada. Además, será lógico entender, cuando se trate de un testamento autorizado en una notaría que las palabras que se emplean en su redacción tienen el significado técnico que les asigna el ordenamiento jurídico. Y partiendo de este criterio prioritario, se puede dar a las palabras el significado que proceda en relación con las circunstancias personales y sociales concurrentes, porque la voluntad del causante no necesariamente va a ser expresa, pero sí tiene que ser inequívoca.<sup>52</sup>

En conclusión, si no hay dudas de interpretación o si existiendo se solventan, el testador dispondrá la asignación de sus bienes con el único límite de las legítimas, pudiendo, además, señalar, en el supuesto del artículo 1056 párrafo segundo, que se analizará después, que su pago se realice en metálico.

De todo lo explicado se deduce *la necesaria existencia de un testamento previo*.<sup>53</sup> El artículo 1056 se refiere al *testador* que ha realizado una declaración

de última voluntad en la que al tiempo que designa a sus herederos determina los bienes concretos que quiere que reciban; y si lo hiciera en un acto extra testamentario inter vivos, éste debe ir referido a un testamento anterior dado que aquel no podrá ser revocado ni en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar,<sup>54</sup> y ello es así, pues la sucesión contractual no está admitida, hoy por hoy, en nuestro Ordenamiento jurídico; esto lleva a un efecto fundamental y es que si no existe aquel testamento previo del que este documento trae su causa y fundamento o para el que es referencia, esa partición practicada entre vivos ni va a tener efecto transmisivo alguno, ni va a afectar a la libertad testamentaria del disponente que podrá otorgar una declaración de voluntad posterior que lo modifique, varíe o anule.<sup>55</sup>

En atención a lo anterior, se debe destacar el carácter unilateral de la partición realizada por el testador y su condición *mortis causa*, de la que se infiere, a su vez, su naturaleza revocable y que el testador, mientras viva, no se desprenda de la propiedad y libre disposición de sus bienes, constituyendo una unidad compleja con el testamento que le sirve de base (LÓPEZ PELÁEZ, 2023, 2152)<sup>56</sup> en la que se pueden diferenciar los dos aspectos, que estamos examinando, la institución y la partición.

De igual modo, en ocasiones, la voluntad del causante aparece difuminada y no es clara en torno a si hay una *verdadera partición* o lo que existe es una voluntad *de que al hacer la partición* se incluyan en la distribución determinados bienes para determinadas personas. En estos casos, será necesaria la interpretación testamentaria para saber si nos encontramos ante una *partición ordenada por el causante* de obligado cumplimiento para los herederos o si se trata de *normas particionales del testador*, que hay que respetar pero que obligan a llevar a cabo una partición, con todas las operaciones partpcionales y de común acuerdo por los herederos. Se trata, más bien, de instrucciones o recomendaciones que deben tener en cuenta quienes realicen la partición, los coherederos, el contador-partidor o en la partición judicial; nos referimos a directrices del tipo de que se eviten adjudicaciones en condominio ordinario, atribuciones genéricas de categorías de bienes y de homogeneidad cualitativa de los lotes que resulten.

En la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública de 27 de octubre de 2023, se explica muy bien la diferencia entre estas dos situaciones. En ella se afirma que el causante puede pretender evitar la comunidad mediante disposiciones en las que lo dispositivo embebe la partición, o bien pre-determinar la partición, indicando a los herederos el modo de realizarla, si bien en este último caso no hay partición propiamente dicha; así, la distribución de los bienes puede efectuarse tanto en forma propiamente particional como a través de asignaciones que agoten el caudal; para ello, el testador tendrá en su mente el inventario del activo y del pasivo de su haber y los correspondientes avalúos, pero

no es necesario ni que los detalle ni que los consigne (VALLET,1978,123-170).<sup>57</sup> Tampoco es preciso que los inmuebles se describan con los requisitos necesarios para proceder a su inscripción en el Registro de la propiedad, pues estos podrán llenarse en escritura complementaria, acta notarial o incluso mediante instancia.<sup>58</sup>

De acuerdo con lo anterior, cuando nos encontramos ante un auténtico testamento particional:

- En el propio testamento se da el acto de disposición y el acto de atribución.<sup>59</sup>
- Las disposiciones particionales del causante son obligatorias, los herederos deben pasar por ellas.<sup>60</sup>
- Se ha de dar eficacia inmediata a la partición efectuada por el testador, aunque no se hubiera procedido a la liquidación formal de la herencia, llevando a cabo de manera consecutiva las fases que la conforman: inventario, avalúo, liquidación, formación de lotes y adjudicación.
- No hay que formalizarla en otro documento público. El testamento es título suficiente.<sup>61</sup>
- Suponen una atribución directa del dominio sobre los bienes adjudicados. Es la propiedad exclusiva a la que se refiere el artículo 1068 del Código civil. No hay comunidad hereditaria.
- Inexistencia de compensaciones para el caso de que el valor de los bienes adjudicados no coincidiese con la cuota. El valor real de los bienes se ha de tener en cuenta a efectos de hacer el cálculo de las legítimas, para que queden respetadas; al margen de ello, lo relevante es el bien en sí y no su valor objetivo concreto.<sup>62</sup>
- Es suficiente que cualquiera de ellos acepte su adjudicación respectiva. No es necesario que acepten y soliciten su inscripción todos los interesados. Es innecesaria su conformidad.<sup>63</sup>
- El propio testamento acompañado de la escritura que recoja la voluntad del adjudicatario de aceptar su designación constituye título inscribible.<sup>64</sup>
- Los adjudicatarios podrán tomar posesión de los bienes y harán suyos los frutos y mejoras de los mismos desde el fallecimiento. También asumirán los gastos que se puedan haber originado y sus posibles deterioros.
- Únicamente podrán oponerse los legitimarios si sus legítimas hubieran resultado vulneradas.
- Esta partición no será un obstáculo para llevar a cabo otra complementaria si hubiera bienes de los que no se hubiera dispuesto en el testamento.<sup>65</sup>
- Probablemente, se eviten conflictos y enfrentamientos entre los llamados a la sucesión por los problemas que podría generar la falta de acuerdo entre ellos.

Se puede afirmar en vista de lo anterior que esta no es una cuestión intrascendente, pero al no existir pautas específicas que nos permitan decidir si nos encontramos en un caso o en otro, adquiere una relevancia fundamental la manera en la que se haya expresado el testador, pues de la lectura del testamento se debe colegir, sin duda, que existe una verdadera y definitiva voluntad de adjudicación, si realmente ha querido llevar a cabo la partición, y no simplemente aconsejar o dar ciertas directrices y orientaciones, aunque sean vinculantes, a quien tenga que hacerla.<sup>66</sup>

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo parece ir por otros derroteros y la doctrina que podemos encontrar en sus sentencias,<sup>67</sup> en la mayoría de las ocasiones, es mucho más restrictiva si bien existen sentencias contradictorias. Así sólo considera que existe una verdadera partición testamentaria, que excluye que la partición se tenga que hacer de otra manera, si se da lo que considera una *regla de oro*: que el testador haya practicado todas las operaciones particionales; por lo que si no hay inventario previo, el avalúo correspondiente, y liquidación y formación de lotes, lo que hace el testador es manifestar su voluntad de que en el momento de la partición bienes determinados se adjudiquen a determinados herederos, es decir se trata de normas partpcionales y no de partición *stricto sensu*.

A ello se añade que, para considerar la partición del testador, como tal, se exija que la misma afecte a todos los bienes del causante, de modo que, no sea necesaria una partición complementaria posterior. En este sentido, la declaración expresa que haga el testador afirmando que está realizando la partición de su herencia no se toma en consideración si no se incluye un inventario completo de los bienes que, tras su valoración, deben ser adjudicados a lotes concretos.<sup>68</sup> Se valora, además, positivamente que el testador diga con claridad que la adjudicación se realiza *en pago*<sup>69</sup> de los derechos del heredero, que no podrá reclamar la adjudicación de otros bienes si dicha atribución no cubriera íntegramente su cuota inicial.

Así, según esta jurisprudencia, si el testamento no contiene todas las operaciones partpcionales, los efectos nada tendrán que ver con los explicados con anterioridad dado que, nos encontraremos ante una situación de comunidad hereditaria que habrá que disolver; las disposiciones testamentarias no producirán de manera inmediata la transmisión del dominio de los bienes a los que afecten; no será posible la inscripción separada de dichos bienes en el Registro de la propiedad y si fuera necesario, se habrán de llevar a cabo las compensaciones que correspondan entre los herederos hasta cubrir la cuota en la que preliminarmente se les hubiera instituido.

A mi juicio, esta doctrina del Tribunal Supremo apuesta por una mayor seguridad jurídica acudiendo a los que son los cánones clásicos y tradicionales de la partición; nos insta a aplicar un modelo con las proporciones perfectas de una partición bien hecha, muy necesario porque el testador ya no está; pero, al mismo

tiempo, esos requerimientos, que nos llevan a un alto nivel de certeza, nos pueden impedir averiguar y aplicar la verdadera última voluntad del causante, lego, por lo general, en materia sucesoria y que en la mayoría de las ocasiones, se puede traducir, sencillamente, en su deseo de que determinados bienes los disfruten determinadas personas cuando ya no esté, sin más.

Teniendo en cuenta esta doctrina jurisprudencial, la responsabilidad se traslada al notario quien, en una fase previa y cumpliendo con su deber de información,<sup>70</sup> tendrá que poner al testador en antecedentes de esta situación, cumpliendo con las funciones que la normativa le atribuye de asesorar ampliamente y aconsejar a sus clientes. Dicho asesoramiento imparcial dará a conocer al testador los medios jurídicos que tiene a su alcance y de los que dispone para el logro de los fines lícitos que se proponga y le permitirá aclarar todas las dudas que tenga para que pueda prestar un consentimiento libre y verdaderamente informado.

La afirmación anterior se traducirá en que el notario, conociendo la tendencia jurisprudencial existente, debe tenerla en cuenta al tiempo de la redacción del testamento y una vez indagada la voluntad del causante, si su intención es llevar a cabo la partición y no sólo dar pautas para que otros la lleven a cabo, no conformarse con la declaración genérica y expresa de que se está haciendo la partición, sino instar al testador a desarrollar la misma en un documento extratestamentario adjunto, que contenga todas las operaciones particionales, comprenda todos los bienes de los que dispone en ese momento de otorgar el testamento y en el que se afirme que se adjudican en pago de sus derechos hereditarios.<sup>71</sup>

A pesar de lo anterior, insisto en que, si hacemos una interpretación tan restrictiva, en muchos casos no se va a respetar la voluntad del testador; pero es que, además, no se está dando a la función del notario la trascendental importancia que tiene. En este sentido, si el testador realiza un testamento notarial y declara que además de la institución de herederos está ordenando la partición de acuerdo con las adjudicaciones de bienes concretos que detalla y en función de lo dispuesto en el artículo 1056 del Código civil, no debiera haber ninguna oposición al respecto, se haya cumplido o no la regla de oro de incluir las distintas operaciones particionales, excluyendo así la situación de indivisión;<sup>72</sup> ahora bien, si su voluntad no estuviera tan clara, se deberá hacer la interpretación del testamento para reconstruirla, y averiguar la que debe ser la ley de la sucesión, todo un reto para los operadores jurídicos.

Por ello, en todo este laberinto, se debe reconocer y destacar el lugar que ocupa el notario, quien juzgará la capacidad del testador, podrá darle un amplio asesoramiento, deberá redactar el testamento de modo que transcriba fielmente su voluntad, adecuándola a las disposiciones de nuestro Ordenamiento jurídico, y así generar la confianza que este acto de última voluntad necesita. Lo contrario supone, a mi juicio, considerar intranscendentales la intención, el interés y deseos

del testador y restar importancia a la obligación, que compete al notario, de asesorar jurídica e imparcialmente, interpretar, configurar y autentificar con arreglo a la legalidad, la voluntad del causante.

#### IV. LA FACULTAD CONTEMPLADA EN EL ARTÍCULO 1056 DEL CÓDIGO CIVIL

Cuando el objeto de una herencia o parte del mismo es una empresa familiar, el fenómeno sucesorio cobra especial relevancia pues convergen dos intereses del empresario-testador; de un lado, el específicamente sucesorio, pues como hemos analizado podrá disponer de sus bienes de la manera que considere más oportuna, haciendo incluso la partición de los mismos, con la obligación única de respetar los derechos legitimarios existentes; y de otro lado, el empresarial-familiar, pues es conveniente que el procedimiento sucesorio interfiera lo menos posible en el funcionamiento de la empresa cuando llegue el momento de la transmisión del liderazgo y la propiedad de la misma. No en vano, la continuidad y conservación de la empresa son las preocupaciones principales que suelen dirigir al empresario al tomar sus decisiones para después de su muerte.<sup>73</sup>

Este es, precisamente, uno de los mayores problemas que suelen plantearse en el ámbito de las empresas familiares, el relativo a la organización de todos los aspectos que afectan a su continuidad. Por ello, y para asegurar su porvenir, se buscan los mecanismos más adecuados para compatibilizar, de una parte, la supervivencia de la misma, lo que exige, además, una transmisión operativa de su liderazgo, que requiere personas que sepan gestionarla, administrarla y dirigirla de la forma más adecuada; y de otro lado, el hecho constatado de que en la mayoría de las ocasiones, cuando el fundador de la empresa tiene varios hijos, suele ser su deseo que sus bienes, y entre ellos se encuentra su empresa, sean repartidos por partes iguales, o al menos de manera equilibrada entre los mismos. Se trata, en definitiva, de programar su sucesión del modo más adecuado a los intereses empresariales y familiares, pues no se debe olvidar que ese interés legítimo de asegurar la pervivencia de la empresa familiar puede chocar con restricciones jurídicas, que el Código civil impone a la libertad de testar a través del sistema de legítimas;<sup>74</sup> lo que se hace más acuciante, en los supuestos en los que la empresa sea el único bien o el más importante en la herencia del causante por los posibles problemas relacionales entre los miembros de la familia, generalmente hermanos, ante la desigual distribución de los bienes por parte de sus padres.

Con la intención de salvar, al menos, los escollos jurídicos, se incorpora a nuestro Código civil el párrafo segundo del artículo 1056, modificado por la disposición final primera de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad limitada

nueva empresa,<sup>75</sup> cuyo objetivo es facilitar en vida del empresario el relevo generacional y la sucesión de la empresa,<sup>76</sup> manteniendo la indivisión de la misma. Para ello, se le otorga la facultad de atribuir la empresa a alguno/s de los herederos disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados, siempre que el testador lo haga en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia, razones por la cuales desea mantener indivisa la explotación económica o bien mantener el control de aquella.<sup>77</sup>

De acuerdo con este postulado general, vamos a analizar este precepto, examinando sus elementos más significativos, cuál es la posición del adjudicatario de la empresa, la situación del resto de interesados, cómo se llevará a cabo el pago de la legítima, qué garantías existen del mismo y si contamos o deberíamos contar con otros mecanismos jurídicamente convincentes para alcanzar un efecto similar.

En el ámbito de la empresa familiar, es obvio que es necesario anticiparse al fallecimiento del titular de la empresa, tanto en el ámbito del liderazgo de la misma, como en el ámbito de la transmisión de la propiedad.<sup>78</sup> Por ello, es importante advertir que, si bien el proceso de sucesión puede comenzar con la transmisión del liderazgo, este debe venir acompañado, tarde o temprano y de manera coordinada, de la sucesión en la propiedad de la empresa.<sup>79</sup>

La planificación de la sucesión, para lo que se puede recurrir al protocolo familiar,<sup>80</sup> aportará importantes beneficios, pues, la necesaria continuación del negocio requiere una mudanza fluida que permita reducir riesgos al tener identificado a quien va a ejercer como futuro líder, quien debe estar preparado para asumir las competencias que le atañen pero también, para evitar la paralización del funcionamiento de la empresa, y sobre todo, la disolución de la misma o su descomposición en el caso de existir una pluralidad de sucesores.<sup>81</sup>

Precisamente, para evitar esta desarticulación, el precepto que examinamos permite atribuir la empresa a una sola persona, a quien se puede designar como heredera o legataria. Probablemente, sea una vía útil para la conservación de las empresas familiares, pero vamos a profundizar en el mismo, proponiendo una serie de reflexiones, que nos permitan ser conscientes de las derivadas que se plantean.<sup>82</sup> Se abordarán las siguientes cuestiones, que nos llevan a analizar los elementos personales, reales y formales que servirán de base a la aplicación del precepto:

1. QUIÉN PUEDE EJERCITAR LA FACULTAD RECOGIDA EN EL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 1056 DEL CÓDIGO CIVIL: EL TESTADOR.

El precepto se refiere al testador,<sup>83</sup> que debe tener legitimarios y la titularidad de la empresa, acciones o participaciones que le permitan mantener el control de la explotación, para encontrarnos dentro del ámbito de aplicación material de

este precepto.<sup>84</sup> Si no hubiera legitimarios, no hay controversia. Así, se presupone la existencia de un testamento en el que el causante hace uso de esta facultad, como persona libre y con los requisitos de edad y capacidad necesarios, para disponer el destino de sus bienes para después de su muerte, con mayor o menor amplitud en función de sus concretas circunstancias familiares. El testamento es el cauce de expresión de la última voluntad y como es sabido, puede albergar disposiciones de distinta naturaleza, estrictamente patrimoniales o de otra índole.<sup>85</sup>

En principio, no debe haber inconveniente para que el testador utilice cualquiera de las clases comunes de testamento que recoge nuestro Ordenamiento jurídico, abierto, cerrado y ológrafo; si bien, dado su carácter solemne, con la finalidad de aportar certeza y seguridad jurídica a la sucesión voluntaria, que nos permita identificar con claridad su voluntad inequívoca de hacer testamento y disponer en él de los bienes de una manera concreta, se exige que esta se manifieste cumpliendo de manera escrupulosa determinadas reglas formales.<sup>86</sup> Lo contrario provocaría la nulidad de dicho testamento y el recurso a las normas de la sucesión abintestato.

En este ámbito de libertad y autonomía de la voluntad es deseable, como hemos tratado en epígrafes anteriores, que esa declaración aparezca lo más clara e indubitable posible y que técnicamente sea viable, por lo que el testamento cerrado y el ológrafo, en cuya redacción no interviene el notario, probablemente sean desaconsejables cuando se persiguen efectos muy concretos y con una finalidad muy específica como ocurre en el supuesto que nos ocupa.

## 2. EL ADJUDICATARIO DE LA EMPRESA

En cuanto al adjudicatario, favorecido con la explotación económica, no debe haber inconveniente en que sea más de una persona; se puede interpretar ampliamente el precepto y, además, es posible que esto facilite el abono de las legítimas en metálico al resto de hijos del causante, pues la deuda será menor y, por lo tanto, más asequible.

En cuanto a si puede ser adjudicatario un tercero no legitimario, existen opiniones divergentes al respecto; así, hay quien considera que nada impide que sea beneficiario cualquier sujeto, en atención a las siguientes razones: *legislativa*, del artículo que estamos analizando, no se desprende impedimento para designar adjudicatario a un extraño; *sistemática*, el legislador ha optado por ceder el interés de los legitimarios frente al interés del testador por mantener la unidad de la explotación económica; *literal*, cuando el artículo habla de pagar la legítima a los demás interesados se refiere a todos aquéllos que, además del adjudicatario

de la explotación están interesados en la sucesión; razones éstas que avalan que el adjudicatario no tenga que ser legitimario (GARCÍA ALEMANY, 2017,687).<sup>87</sup>

En sentido contrario (PALAZÓN GARRIDO, 2006, 316)<sup>88</sup> opinión a la que me sumo, la norma sólo permite que el testador nombre adjudicatario a cualquiera de los legitimarios, nunca a un extraño. Y ello en atención a los siguientes argumentos: *legal*, La Ley 7/2003, se refiere a la empresa familiar, por lo que una interpretación que favorezca la transmisión de la propiedad fuera del ámbito familiar carece de sentido; *literal*, cuando el precepto establece que se ha de pagar en metálico su legítima a *los demás interesados*, incluye dentro del concepto interesados al destinatario de la explotación, que por lo tanto también ha de ser legitimario; además, si bien en la redacción originaria se decía “disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos”, y ello se ha sustituido por “demás interesados”, lo que se debe entender es que se amplía el concepto para incluir a hijos y nietos, en su caso, pero finalmente todos legitimarios; *sistemático*, es cierto que se quiere mantener la unidad de la explotación económica, pero esta unidad va referida concretamente a una empresa familiar, que perdería esta esencia y naturaleza, si se pudiera atribuir a un tercero que nada tenga que ver con la familia, pues se trata de equilibrar en la medida de lo posible la conservación de la empresa y el interés de la familia, dado que desde el punto de vista de la paz familiar, confluyen intereses económicos, cierto, pero también familiares; *económico*, la adjudicación a un extraño sólo podría considerarse dentro del tercio de libre disposición, por lo que todo lo que excede del mismo deberá compensarse a los legitimarios, dos tercios de la herencia, lo que debilitará la situación del adjudicatario y de la empresa, a pesar de contar con un plazo de cinco años para el pago y de poder hacerlo con fondos de la propia explotación. A los anteriores, se puede añadir un argumento estrictamente *sucesorio*, cual es la quiebra del principio de intangibilidad cualitativa global de la legítima.

### 3. LOS DEMÁS INTERESADOS

Según hemos analizado, el beneficiario será uno de los legitimarios, en cuanto a *los demás interesados*, perceptores del metálico, el concepto abarca tanto al resto de hijos y descendientes, como al cónyuge y ascendientes legitimarios, según el caso concreto. La amplitud del precepto permite la aplicación de esta facultad si el testador no tuviera hijos, pero si ascendientes o cónyuge.

Los supuestos más habituales, dentro del marco de la multitud de variantes que se puedan imaginar, serán: de un lado, aquel en el que el testador, padre o madre, adjudique la empresa familiar a uno de sus hijos a través de una institución de heredero, y a los demás, les atribuya su legítima, por vía de legado de

cuota;<sup>89</sup> y de otro lado, aquel en el que designe herederos por partes iguales a sus hijos, pues no desea diferencias cuantitativas, pero quiere que la empresa la reciba íntegramente uno de ellos. En ambos casos y utilizando este precepto, señalará, vía particional, que el favorecido con la institución de heredero reciba la empresa familiar e indicará que sea éste quien abone, bien la legítima en metálico al resto de sus hermanos, en el primer caso, bien su cuota hereditaria, en el segundo; ello no excluye al viudo, si se diera el caso. El pago se podrá realizar con metálico extrahereditario, pudiendo el testador señalar el aplazamiento del mismo dentro del plazo de cinco años, si no hay bienes en la cantidad necesaria en el conjunto del patrimonio, pues la legítima, en principio, ha de satisfacerse en bienes de la herencia.

Si se opta por la institución de heredero únicamente para el adjudicatario de la empresa, es fundamental una expresión testamentaria nítida, en la que el causante declare y aclare si el resto de interesados han de recibir su legítima corta o larga, lo que además evitará su preterición. Si fuera la corta, existe una clara mejora, expresa o tácita, según los términos en los que se haya expresado el causante, para el adjudicatario, que abarcará también el tercio de libre disposición; si fuera la larga, será el valor que se atribuya a la misma, al que tenga que hacer frente el adjudicatario, pudiendo atribuirse únicamente la parte de libre disposición. En caso de duda, y si el testamento no arrojara la luz necesaria al respecto, se puede considerar como criterio de interpretación, dado que la intención fundamental es conservar la empresa y su continuidad, que el adjudicatario tendrá que abonar la legítima estricta del resto de herederos forzosos y que para él existe una evidente mejora tácita.

Si la institución de heredero lo fuera por partes iguales a todos los hermanos, esta facultad particional cobra especial relevancia si el valor de la empresa agota íntegramente o casi íntegramente el valor de su patrimonio, siendo pues la inexistencia de metálico o de otros bienes en la herencia en la cantidad necesaria para el pago de las legítimas o de la cuota hereditaria de aquéllos, la situación que nos sirve de base para la aplicación del párrafo segundo del 1056.

Si el causante optase por la institución de un legado, se entenderá que el adjudicatario ha sido mejorado en la medida que el causante establezca, y si no lo hiciera expresamente, si no cabe en la parte libre, entendiendo que existe una mejora más o menos amplia en función del valor de la empresa y del resto de los bienes que existan en la sucesión.

Si el adjudicatario fuera el cónyuge viudo, se vería obligado a abonar como mínimo, la cuota correspondiente a la legítima estricta de sus descendientes y la nuda propiedad del tercio de mejora, dado que la legítima que por ley le corresponde es el usufructo de los bienes que componen el tercio de mejora y que la parte de libre disposición le puede ser atribuida si así lo determina el testador. Si

concurriera con ascendientes, tendría que abonar la cuota correspondiente a un tercio de la herencia, según dispone el artículo 809 del Código civil.

4. EL OBJETO DE LA TRANSMISIÓN: LA EXPLOTACIÓN ECONÓMICA O SOCIEDAD DE CAPITAL.

El artículo 1056 del Código civil se refiere, en concreto, a una explotación económica o a mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas, a través de acciones o participaciones sociales.<sup>90</sup> De la literalidad del precepto se deduce que es viable la aplicación de este instrumento sucesorio de contenido particional tanto a las empresas individuales, como a cualquier otro tipo de actividades económicas no estrictamente empresariales, y a sociedades mercantiles únicas o en grupo, bajo una dirección económica unificada. La amplitud del precepto permite, al no hacerse referencia alguna al objeto de la explotación, que tenga cualquier actividad, incluso no siendo estrictamente empresarial, pero siempre que tenga un fin de mercado que exija organización y unidad.<sup>91</sup>

5. RAZONES PARA LA ADJUDICACIÓN: LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA Y EL INTERÉS DE LA FAMILIA.

Según el artículo que estamos analizando, el causante que quiera preservar indivisa una explotación económica o mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas, puede utilizar la facultad que aquí se le concede cuando quiera conseguir alguna de estas finalidades o las dos: la conservación de la empresa o el interés de su familia.

a) *La conservación de la empresa*

Este principio debe ser aplicable con independencia de la naturaleza y características de la empresa familiar, ya sea industrial, comercial, de servicios en general, profesional, de intermediación, de comunicaciones, de transportes, turística, forestal, de construcción, agrícola, ganadera, o pesquera, entre otras.<sup>92</sup>

La conservación de la empresa implica que el causante desea llevar a cabo las actuaciones necesarias para mantenerla y cuidar su permanencia e integridad, para ello hay que preservar el capital social y ponerlo en manos de quien vaya a ponerse al frente de la creación de su causante.

A través del artículo 1056, el legislador facilita una medida que permite que subsista la explotación cuando es objeto de transmisión hereditaria; pero creo que más allá de lo que pueden ser los intereses privados y subjetivos que puedan llevar al causante propietario de la empresa a actuar de una manera u otra, hay al mismo

tiempo, un interés social o general en su pervivencia y conservación, un objetivo de política económica, dada la evidente influencia que las empresas familiares tienen para la economía nacional, su carácter transversal y el peso que ejercen en el binomio economía-derecho como instrumentos de creación de riqueza.<sup>93</sup>

b) *El interés de su familia*

La dificultad que plantea el proceso de sucesión en las empresas familiares se describe objetivamente con los tres famosos círculos que representan tres esferas interconectadas: empresa, familia y propiedad.<sup>94</sup> Las intersecciones de estos círculos denotan la complejidad de las mismas, y es preciso considerarlos para comprender completamente la dinámica de una empresa familiar, dado que a los elementos estructurales que acompañan a cualquier tipo de empresa se ha de añadir un elemento emocional que dificulta las relaciones entre los integrantes de las mismas y que suele ser germen de conflictos familiares que influyen negativamente en su proyección.

Una de las notas distintivas de este tipo de empresas es que es la familia la propietaria de la misma y por esta razón, el control de las decisiones estratégicas recae en sus miembros, quienes tienen el interés y el deseo explícito de que ese control perdure en el futuro. En este sentido, la unidad familiar es un aspecto crítico para la supervivencia del negocio; para preservar el legado del causante, mantener vivos los valores familiares y transmitirlos a las nuevas generaciones, manteniendo vital la empresa familiar a largo plazo.

En atención a lo anterior, a mi juicio y aun cuando el precepto utiliza una conjunción coordinante que tiene valor disyuntivo *o*, no quiere expresar una alternativa entre dos opciones diferentes y excluyentes, conservar la empresa o el interés de la familia, sino que expresa una equivalencia denominativa, pues ambas finalidades están intrínsecamente ligadas cuando nos referimos a la empresa familiar;<sup>95</sup> se trata de facilitar el relevo generacional y al mismo tiempo, la indivisión de la misma, lo que se puede conseguir tanto adjudicándola a una sola persona como a varias, siempre que estas continúen el negocio. De hecho, es precisamente la conexión entre estas dos finalidades la que legitima la utilización del artículo 1056 del Código civil frente a los artículos 841 y siguientes, que también permiten al testador o contador-partidor, expresamente autorizado por él, adjudicar todos o parte de los bienes hereditarios a algunos de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios.<sup>96</sup>

## 6. EFECTO: EL PAGO EN METÁLICO DE LA LEGÍTIMA

Puede hacerse con metálico hereditario o no hereditario,<sup>97</sup> de modo que, si bien la regla general considera la legítima como *pars bonorum*, este precepto

constituye una excepción al permitir que sea configurada como *pars valoris bonorum*. En cualquier caso, y en tanto en cuanto el pago en metálico se hace efectivo, ese carácter de *pars bonorum* sigue vigente, a modo de garantía, pues la afección de los bienes se mantendrá hasta que los legitimarios hayan recibido lo que les corresponde, esto es, la valoración en metálico de dicha *pars bonorum*.

El quantum de la legítima se fijará de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 818 y siguientes del Código civil y en cualquier caso debe existir un acuerdo entre los legitimarios y el adjudicatario de la actividad empresarial. Si no existe acuerdo y el legitimario recibe menos de lo que le corresponde podrá pedir el complemento de la legítima y rescindir la partición.<sup>98</sup> Lo importante, a estos efectos, es la valoración que se haga de la empresa y del resto de bienes del causante, si existieran. Esta valoración podría hacerse en dos momentos diferentes, lo que puede ser germe de nuevos conflictos; de un lado, al tiempo de la apertura de la sucesión, siguiendo el criterio del artículo 818 del Código civil; y de otro lado, al tiempo de la liquidación, si tomamos como referencia el artículo 847.

A mi juicio, siempre que el testador no se haya manifestado al respecto, señalando expresamente el momento en el que quiere que se haga la estimación, se ha de atender al valor de los bienes al tiempo de la muerte del testador, es un momento objetivo en el que los bienes tendrán un valor determinado, el que sea, en torno al cual se debe calcular el valor de las legítimas. Demorar la tasación al tiempo en que se lleve a cabo la liquidación puede dar lugar a que se produzcan alteraciones en el valor del objeto, simplemente, por ejemplo, porque haya una coyuntura económica diferente, en perjuicio de alguna de las partes. Ello no será un obstáculo, sin embargo, para que el crédito devengue el interés legal desde la liquidación.

Una vez que se ha fijado el valor de las legítimas, el adjudicatario debe proceder a su abono. Cabe la posibilidad de que el testador y el contador-partidor testamentario establezcan un aplazamiento para el pago que puede señalarse hasta los cinco años, a contar desde el fallecimiento del testador<sup>99</sup> y ampliarse, en su caso, por voluntad de los interesados. Ello facilitará el cumplimiento de la obligación de pago para el adjudicatario y, al mismo tiempo, será una garantía de subsistencia de la propia empresa. El sucesor podrá hacer los abonos con los beneficios que el negocio genere, la empresa no tendrá que descapitalizarse y se reducirá la necesidad de financiación externa, lo que protegerá su continuidad.<sup>100</sup> También es viable un pacto sobre el fraccionamiento del pago. En cuanto a la posibilidad de que el aplazamiento genere intereses, no especifica nada el precepto, por lo que salvo que el testador o contador-partidor testamentario establecieran esta obligación accesoria, no deben devengarse,<sup>101</sup> con la excepción de que se puedan pactar si al aplazamiento se une un fraccionamiento del pago o al primer aplazamiento se une una prórroga solicitada por el adjudicatario de la empresa,

con el fin de preservar el equilibrio de las contraprestaciones. Considero que, si hubiera varios adjudicatarios y, por tanto, deudores, la deuda vigente con los legitimarios sería solidaria.<sup>102</sup>

Para el caso de que el adjudicatario no cumpliera con la obligación de pago a los legitimarios, debemos considerar que quedaría sin efecto la atribución realizada en su beneficio por el testador, cuya voluntad se incumple. Ello abriría la posibilidad a los legitimarios insatisfechos de reclamar la efectividad de su derecho sobre bienes de la herencia.

Si no se hubiera establecido la forma de pago, los legitimarios podrán exigir su legítima en bienes de la herencia. Entendiendo que *establecer la forma de pago* implica que el testador ha señalado el abono de las legítimas en metálico y la posibilidad de su aplazamiento, si se diera el supuesto en el que no hubiera dado instrucciones a este respecto, tenemos necesariamente que distinguir dos situaciones: de un lado, que la empresa familiar entre a formar parte del patrimonio hereditario conjuntamente con otros bienes o bien que se trate de un bien único.

Si hubiera otros bienes, la legítima se podrá satisfacer con los mismos, y la conservación y continuidad de la empresa familiar será viable; pero en caso contrario, parece lo más lógico entender que debería primar la voluntad del testador de mantener su continuidad y que se puedan satisfacer con dinero extrahereditario, aunque esta posibilidad no se haya mencionado; lo contrario, esto es, establecer una comunidad o un proindiviso en la explotación o repartir las acciones y participaciones, aun siendo conforme a la literalidad del precepto, es contrario a su fin último, a la voluntad manifestada por el causante en su testamento y poco aconsejable aplicado al negocio familiar, pues será fuente inagotable de conflictos, provocando, al mismo tiempo, la paralización en la toma de decisiones de la vida de la empresa. Si no se hubiera señalado aplazamiento, el pago debería hacerse de forma inmediata.

En cuanto a las posibles garantías registrales, y dando por hecho que la explotación económica tendrá, en la mayoría de las ocasiones, un inmueble que sirva como base para la inscripción, podemos considerar de aplicación el artículo 15 de la Ley hipotecaria, de modo que la mención del derecho del legitimario se hará de oficio al tiempo de la inscripción y sobre dicho inmueble de la empresa, a modo de anotación preventiva. Se podrán llevar a cabo dos tipos de menciones, concreta o abstracta, en función de si los derechos de los legitimarios están o no cuantificados. Ello servirá de respaldo para el derecho de los legitimarios expectantes al cobro de su legítima y, además, dará a conocer a posibles terceros adquirentes a título oneroso que dichos bienes están afectos a su pago, quedando advertidos de dicha circunstancia.<sup>103</sup>

Podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones, incluida la dación en pago, previo consentimiento de los legitima-

rios, si hubiera acuerdo entre los interesados. Así, renuncia a la legítima por el legitimario, confusión de derechos de acreedor y deudor, la compensación de la obligación de pago o la novación, extintiva o modificativa, en los términos del artículo 1156 y concordantes del Código civil.

#### 7. BREVE REFERENCIA AL CONTADOR-PARTIDOR TESTAMENTARIO

El precepto que analizamos se refiere al mismo en los siguientes términos: “... y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado, aplazamiento ...”

Es una referencia muy escueta, pero está claro que se refiere al contador-partidor testamentario. Con su nombramiento, el testador puede evitar posibles enfrentamientos entre los herederos, pues estos deben respetar la partición practicada por aquél, no pudiendo instar la división judicial de la herencia,<sup>104</sup> como se expuso en un epígrafe anterior.

Probablemente en ámbitos como este que tratamos de la empresa familiar y por las implicaciones que puede tener el hecho de que la explotación pueda absorber en mayor o menor medida el valor del caudal relicito, es interesante que el testador haya optado por contar con su presencia, pues si bien únicamente se le pueden atribuir facultades particionales, en ningún supuesto de contenido dispositivo, es de gran interés, dado que en las tareas de *contar y partir* se debe incluir el hacer el inventario de los bienes y la valoración de los mismos, cuestión de gran relevancia para poder llevar a cabo el cálculo de las legítimas al tiempo del fallecimiento del testador. Junto a ello, como establece el precepto, si se ha dispuesto el pago de las legítimas con metálico extrahereditario, podrá decidir sobre el aplazamiento del pago en un periodo que no supere los cinco años a contar desde que fallece el testador.

#### V. LA SUCESIÓN CONTRACTUAL: ¿UNA SOLUCIÓN PARA LA EMPRESA FAMILIAR?

Según el análisis realizado, se puede constatar que nuestro sistema legitimario supone un importante obstáculo a la transmisión de la empresa familiar al dificultar el mantenimiento de su unidad. A ello se ha de añadir, que nuestro Ordenamiento jurídico únicamente considera viables la sucesión testamentaria, la intestada y, en su caso, la mixta entre ambas; no se admite la sucesión contractual, siendo la regla general la prohibición de los pactos sucesorios,<sup>105</sup> por la importancia que se atribuye a la persona, a su autonomía y a la que sea su última

voluntad, si bien existen algunas excepciones<sup>106</sup> en los Derechos forales, que la admiten y regulan en numerosos supuestos.<sup>107</sup>

Precisamente, para paliar estos negativos efectos en relación con la empresa, el artículo 1056 párrafo segundo, como hemos tenido oportunidad de explicar, recoge la partición inter vivos hecha por el causante que, por supuesto, tiene carácter revocable y mantiene inalteradas las facultades del testador-empresario, que podrá modificar su voluntad, si así lo estima conveniente, vía nueva partición, vía nuevo testamento, e incluso disponer de la misma durante su vida a través de cualquier negocio jurídico válido.

Sin embargo, no son pocos los autores que entienden que esta es una solución insuficiente para conseguir la conservación de la empresa y que probablemente acudir a la sucesión contractual, al estilo de los ordenamientos forales, podría suponer un remedio y la tabla de salvación de su continuidad y conservación, al atribuir al disponente-causante una libertad mucho más amplia al no tropezar con las legítimas. Se trataría, pues, de pactar en vida la transmisión del negocio, transmisión que tendría eficacia a la muerte del causante, sin que se pueda revocar por la sola voluntad del mismo dicha ordenación. Siguiendo este hilo vamos a exponer brevemente la regulación que, de la sucesión contractual, se realiza en Cataluña y en el *patto di famiglia* del Derecho italiano, para observar qué aportaciones se podrían realizar a la conservación de la empresa familiar.

## 1. EL *PATTO DI FAMIGLIA* DEL DERECHO CIVIL ITALIANO

Este pacto desplaza la sucesión de la empresa familiar al ámbito de los contratos, buscando dar más libertad al causante testador. Se trata de una institución jurídica que permite que el empresario pueda transmitir, inter vivos, de presente, y de forma gratuita, su empresa a uno o varios de los potenciales legitimarios quienes habrán de compensar a los restantes con dinero o bienes (NAVARRO CARO, 2022,1695-1696).<sup>108</sup>

Los sujetos de este contrato son, de un lado el empresario y de otro los descendientes beneficiarios de la empresa, hijos o nietos, pero en ningún caso ascendientes, cónyuge viudo o terceros ajenos al grupo familiar. El resto de legitimarios tendrá derecho a ser compensado en bienes o en dinero por el valor de la cuota que le correspondería en ese momento,<sup>109</sup> siendo aquéllos obligados solidarios a dicho pago. En cualquier caso, se requiere la conformidad de todos los posibles interesados.

Siendo la empresa el objeto del contrato, éste producirá sus efectos desde el momento de su celebración, si bien lo que se produce es la transmisión de la nuda propiedad, manteniendo el empresario el usufructo de la misma; no se difieren

sus efectos, por lo tanto, a la apertura de la sucesión, son de presente. Los adjudicatarios consolidarán su posición tras la apertura de la sucesión.

## 2. PACTOS SUCESORIOS DEL DERECHO CATALÁN

El art. 431 de la Ley 10/2008<sup>110</sup> regula los pactos sucesorios, que define como aquéllos en los que dos o más personas pueden convenir la sucesión por causa de muerte de cualquiera de ellas, mediante la institución de uno o más herederos y la realización de atribuciones a título particular. Estos pactos pueden contener disposiciones a favor de los otorgantes, tener carácter recíproco o ser a favor de terceros.

En pacto sucesorio, que para ser válido debe estar otorgado en escritura pública, puede ordenarse la sucesión con la misma amplitud que en testamento e imponerse cargas a los favorecidos que, en su caso, deben figurar expresamente. Si éstas tuvieran carácter determinante también se debe hacer constar la finalidad que pretende alcanzarse con el otorgamiento del pacto y las obligaciones que las partes asumen a tal efecto; pues bien, dentro de estas cargas se contempla la posibilidad de imponer el mantenimiento y continuidad de una empresa familiar o la transmisión indivisa de un establecimiento profesional. Puede contener estipulaciones propias de un protocolo familiar y otras estipulaciones no sucesorias, pero no disposiciones de última voluntad.

Deben hacerse constar en el Registro de actos de última voluntad, siendo el notario quien deberá realizar la comunicación procedente.<sup>111</sup> Si la finalidad del pacto sucesorio es el mantenimiento y continuidad de una empresa familiar, puede hacerse constar la existencia del mismo en el Registro mercantil, con el alcance y de la forma que la ley establece para la publicidad de los protocolos familiares, sin perjuicio de que consten, además, las cláusulas estatutarias que se refieran al mismo.

Si se trata de un heredamiento<sup>112</sup> y su finalidad fuera el mantenimiento o la continuidad de una empresa familiar o de un establecimiento profesional, se puede pactar que su transmisión onerosa, o la de las acciones o participaciones sociales que la representen, así como la renuncia al derecho de suscripción preferente, deba hacerse con el consentimiento expreso de la persona instituida, si es otorgante del pacto sucesorio, o de terceros. También pueden establecerse normas sobre la administración de la empresa por el heredante o por el heredero, que pueden incluirse en los estatutos sociales de la empresa familiar y publicarse en el Registro mercantil.

Vemos, pues, que a través de este pacto sería viable acordar la atribución *mortis causa* de la empresa familiar bien a través del heredamiento o de una

atribución particular de la herencia. El beneficiario de la misma no adquiriría la titularidad hasta el momento de la muerte del causante, si bien, el acuerdo únicamente se podría revocar por causa de indignidad sucesoria; por causas pactadas expresamente; por incumplimiento de las cargas impuestas al favorecido; por imposibilidad de cumplimiento de la finalidad que fue determinante del pacto; por producirse un cambio sustancial, sobrevenido e imprevisible de las circunstancias que constituyeron su fundamento; o si se tratara de un heredamiento preventivo.<sup>113</sup>

## VI. CONCLUSIONES

I. La sucesión intestada es uno de los principales enemigos para la empresa familiar. El testamento del empresario es un instrumento indispensable para mantenerla viva.

II. El procedimiento sucesorio debe interferir lo menos posible en el funcionamiento de la empresa cuando llegue el momento de la transmisión del liderazgo y la propiedad de la misma. La continuidad y conservación de la empresa son las preocupaciones principales que suelen dirigir al empresario al tomar sus decisiones para después de su muerte.

III. Es necesario anticiparse al fallecimiento del titular de la empresa, tanto en el ámbito del liderazgo de la misma, como en el ámbito de la transmisión de la propiedad. Por ello, es importante advertir que, si bien el proceso de sucesión puede comenzar con la transmisión del liderazgo, este debe venir acompañado, tarde o temprano y de manera coordinada, de la sucesión en la propiedad de la empresa.

IV. Se trata, en definitiva, de programar la sucesión del modo más adecuado a los intereses empresariales y familiares, pues no se debe olvidar que ese interés legítimo de asegurar la pervivencia de la empresa familiar puede chocar con restricciones jurídicas, que el Código civil impone a la libertad de testar a través del sistema de legítimas; lo que se hace más acuciante, en los supuestos en los que la empresa sea el único bien o el más importante en la herencia del causante por los posibles problemas relacionales entre los miembros de la familia, generalmente hermanos, ante la desigual distribución de los bienes por parte de sus padres.

V. El beneficiario será uno de los legitimarios, en cuanto a los demás interesados, perceptores del metálico, el concepto abarca tanto al resto de hijos y descendientes, como al cónyuge y ascendientes legitimarios, según el caso concreto. La amplitud del precepto permite la aplicación de esta facultad si el testador no tuviera hijos, pero si ascendientes o cónyuge.

VI. En caso de duda, y si el testamento no arrojara la luz necesaria al respecto, se puede considerar como criterio de interpretación, dado que la intención fundamental es conservar la empresa y su continuidad, que el adjudicatario tendrá que abonar la legítima estricta del resto de herederos forzosos y que para él existe una evidente mejora tácita.

VII. Hay una relación directa e inseparable entre la conservación de la empresa y el interés de la familia. El deseo del testador de mantener indivisa la empresa va intrínsecamente unido al interés familiar. Si la empresa sale del ámbito de la familia este objetivo no se cumple y, por ende, la finalidad superior del precepto, tampoco.

VIII. El problema al que trata de dar solución el artículo 1056 párrafo segundo es aquel en el que los bienes que conforman el haber hereditario no son suficientes para compensar al resto de legitimarios, dado que la explotación o bien el paquete de acciones o participaciones sociales son el bien más importante o, incluso, el único bien dentro del mismo. Esta facultad particional facilita la atribución de la empresa familiar y con ello, la continuidad y conservación de la misma, minimizando las consecuencias negativas que la división forzosa que impondría las legítimas pueda tener para la unidad empresarial.

IX. La amplitud del precepto permite, al no hacerse referencia alguna al objeto de la explotación, que tenga cualquier actividad, incluso no siendo estrictamente empresarial, pero siempre que tenga un fin de mercado que exija organización y unidad. Si el testador fuera propietario únicamente de una cuota, ésta debe permitirle tener el control de la explotación.

X. A través del artículo 1056, el legislador facilita una medida que permite que subsista la explotación cuando es objeto de transmisión hereditaria; pero va más allá de lo que pueden ser los intereses privados y subjetivos que puedan impulsar al causante propietario de la empresa, dado que hay al mismo tiempo, un interés social o general en su pervivencia y conservación, un objetivo de política económica, dada la evidente influencia que las empresas familiares tienen para la economía nacional, su carácter transversal y el peso que ejercen en el binomio economía-derecho como instrumentos de creación de riqueza.

XI. Aun cuando el precepto utiliza una conjunción coordinante que tiene valor disyuntivo *o*, no quiere expresar una alternativa entre dos opciones diferentes y excluyentes, conservar la empresa o el interés de la familia, sino que expresa una equivalencia denominativa, pues ambas finalidades están intrínsecamente ligadas cuando nos referimos a la empresa familiar; se trata de facilitar el relevo generacional y al mismo tiempo, la indivisión de la misma, lo que se puede conseguir tanto adjudicándola a una sola persona como a varias, siempre que estas continúen el negocio.

XII. Siempre que el testador no se haya manifestado al respecto, señalando expresamente el momento en el que quiere que se haga la estimación, se ha de atender al valor de los bienes al tiempo de la muerte del testador, es un momento objetivo en el que los bienes tendrán un valor determinado, el que sea, en torno al cual se debe calcular el valor de las legítimas. Demorar la tasación al tiempo en que se lleve a cabo la liquidación puede dar lugar a que se produzcan alteraciones en el valor del objeto en perjuicio de alguna de las partes.

XIII. En cuanto a la posibilidad de que el aplazamiento genere intereses no especifica nada el precepto, por lo que, salvo que el testador o contador-partidor testamentario establecieran esta obligación accesoria, no deben devengarse, con la excepción de que se puedan pactar, para preservar el equilibrio entre los interesados, si al aplazamiento se une un fraccionamiento del pago o al primer aplazamiento se une una prórroga solicitada por el adjudicatario de la empresa. Si hubiera varios adjudicatarios y, por tanto, deudores, la deuda vigente con los legitimarios sería solidaria.

XIV. El testador debe incluir un contador-partidor testamentario dado que en las tareas de *contar* y *partir* se debe incluir el hacer el inventario de los bienes y la valoración de los mismos, cuestión de gran relevancia para poder llevar a cabo el cálculo de las legítimas al tiempo del fallecimiento del testador. Además, si se hubiera dispuesto el pago de las legítimas con metálico extrahereditario, podrá decidir sobre el aplazamiento en un periodo que no supere los cinco años a contar desde que fallece el testador.

XV. La posibilidad que ofrece el artículo 1056 del Código civil eleva en la balanza la situación de la empresa frente a los derechos de los legitimarios.

XVI. La inclusión de una figura similar al *patto di famiglia* italiano requeriría la modificación del artículo 1271. 2 del Código civil, pues aun siendo un pacto que se materializa *inter vivos* y es irrevocable, por la sola voluntad del empresario, realmente regula una transmisión *mortis causa* de la empresa familiar, dado que dicha cesión sólo se consolidará a la muerte del causante-disponente en aquellos descendientes elegidos por él en el círculo, muy concreto, de sus descendientes legitimarios.

XVII. Probablemente la normativa catalana al regular los pactos sucesorios de una manera relativamente flexible permite una mejor adaptación a las necesidades de la empresa familiar, lo que colabora a la planificación de su continuidad y conservación; sin embargo, ello requeriría en el Derecho común, no sólo un cambio normativo sino también un cambio de concepción que afecta a una idea fundamental cual es la posibilidad de mantener hasta el último momento la opción de modificar la última voluntad, lo que está tan arraigado en nuestra cultura que probablemente provocara la infrautilización de la figura si se decidiera por el legislador su incorporación al Ordenamiento jurídico.<sup>114</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

- BATALLA DE ANTONIO, A. (2014). La empresa familiar y el análisis del art. 1056. 2 del Cc. En O. Balmaseda, F. Lledó, P. Ferrer, JA Torres (dir.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*. Madrid: Dykinson y Consejo General del Notariado (pp. 133-152).
- BELAUSTEGUIGOITIA RIUS, I. (2011). *Empresas familiares. Su dinámica, equilibrio y consolidación*. México: Mc Graw Hill.
- CARBALLO FIDALGO, M. (2011). Comentario al artículo 1056 del Código civil. En *Código civil comentado*, Vol. II, Libro III. Madrid: Civitas (pp. 1732-1735).
- DÍEZ SOTO, CM. (2010). La sucesión hereditaria en la empresa familiar: problemas y soluciones. En M. Sánchez (coord.) *Régimen jurídico de la empresa familiar*. Cizur Menor: Thomson-Civitas (pp. 141-166).
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2006). La reforma del Código civil por la Ley de sociedad limitada nueva empresa. En: JM Abril, ME Amat, L Puis (coord.), *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferrol*, Vol. 1, Valencia: Tirant Lo Blanch (pp.1249-1269).
- FERNÁNDEZ TRESGUERRES, A. (2008). *Transmisión mortis causa de la condición de socio. Un estudio en la sociedad limitada familiar*. Navarra: Aranzadi.
- GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2016). La legítima y la sucesión mortis causa en la empresa familiar en el Código civil español. En H. Mota, MR Guimares (coord.) *Autonomía e heteronomía no Direito da Família e no Direito das Sucessões*. Coimbra: Almedina (pp. 497-520).
- GARCÍA ALEMANY, E. (2017). La sucesión mortis causa en la empresa familiar. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, extraordinario, 631-731.
- GARCÍA LÓPEZ, P. (2022). El defensor judicial del menor. *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*. Madrid: Dykinson (pp.359-367).
- HUERTA TRÓLEZ, A. (2004). La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio. *Revista jurídica del Notariado*, n.º 50, 93-138.
- LACRUZ BERDEJO, JL y SANCHO REBULLIDA, F. (1988). *Elementos de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*. Barcelona: Bosch.
- LÓPEZ PELÁEZ, P. (2023). Varios aspectos personales en la partición realizada por el propio testador. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 798, 2147-2190.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2024). La partición practicada por el testador y la adjudicación de la herencia existiendo legitimarios. *El Notario del siglo XXI*. Revista 62, 1-9. (En línea), disponible en: <https://www.elnotario.es/practica-juridica/4130-la-particion-practicada-por-el-testador-y-la-adjudicacion-de-la-herencia-existiendo-legitimarios>
- MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J. (2017). Conflictos más frecuentes en el marco de la empresa familiar y su prevención. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, extraordinario, 765-851.
- MARTÍNEZ-GIL VICH, I. (2017). La importancia del título sucesorio para la continuidad de la empresa familiar. *Cuaderno de Derecho y Comercio*, extraordinario, 581-630.

- MERINO ESCARTÍN, JF. (2016). Partición hecha por el propio testador. *Comentarios a las resoluciones de la DGRN*, núm.136, pp.1-4. (En línea), disponible en: <https://vlex.es/vid/particion-hecha-propio-testador-694508145>
- NAVARRO CARO, V. (2022). *Il patto di famiglia* y su posibilidad en el ordenamiento civil castellano. *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.º 16, 1694-1715.
- PALAZÓN GARRIDO, ML. (2006). La conservación de la empresa familiar a través de la facultad contemplada por el nuevo art. 1056, párrafo segundo del Código civil. En FJ Sánchez (coord.), *Protección del patrimonio familiar*. Valencia: Tirant Lo Blanch (pp. 309-345).
- PÉREZ GIMÉNEZ, MT. (2008). El protocolo familiar como instrumento de estabilización para la familia empresaria. *Sentencias de TSJ, AP y otros tribunales*. Aranzadi, núm. 18, 11-27.
- REBOLLEDO VARELA, AL. (2024). Partición por el testador: redacción del testamento e interpretación de la voluntad manifestada (una perspectiva práctica a la luz de la jurisprudencia. *Revista Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 20, 766-789.
- SAIZ GARCÍA, C. “La partición de la herencia”, pp. 1-19. Disponible en: <https://www.uv.es/uvdocenciadret/02-derecho-sucesiones/teoria-unidad/unidad-14-particion-herencia.pdf>
- SÁNCHEZ CALERO, FJ. (2021). La comunidad hereditaria. *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de familia y sucesiones*. Valencia: Tirant Lo Blanch (pp. 429-435).
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2021). La partición de la herencia. *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de familia y sucesiones*. Valencia: Tirant Lo Blanch (pp. 465-483).
- VALLET de GOYTISOLO, JB. (1978) Comentario al art. 1056 Cc. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XIV, Vol. 2.º Madrid: Edersa (pp. 123-170).

## RESOLUCIONES

- R DGSJFP de 27 de octubre de 2023 (BOE-A-2023-23695).
- R DGSJFP de 22 de junio de 2023 (BOE-A-2023-16342).
- R DGRN de 26 de febrero de 2003 (BOE-A-2003-7350).

## NOTAS

<sup>1</sup> *Vid art. 786 LEC.*

<sup>2</sup> *Vid arts. 1051 y 1052 Cc.*

<sup>3</sup> Aclara SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B. (2021). La partición de la herencia. *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de familia y sucesiones*. Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 466, que la imprescriptibilidad de la acción de división no impide la prescripción de las acciones sobre los bienes del caudal, o la adquisición de estos por usucapión, incluso por uno de los comuneros que ha pasado a poseer en exclusiva, previa inversión del título posesorio y ha continuado poseyendo por tiempo suficiente.

<sup>4</sup> El art. 1700 Cc dice que la sociedad se extingue: 1. Cuando expira el término para el que fue constituida. 2. Cuando se pierde la cosa o termina el negocio que le sirve de objeto. 3. Por muerte o concurso de cualquiera de los socios. 4. Por voluntad de cualquiera de los socios. 5. Cuando en relación con alguno de los socios se hubieran dispuesto medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial. Podría darse, también, la circunstancia de que los propios coherederos acordasen mantener la indivisión durante un tiempo (analogía con el segundo párrafo del art. 400 Cc) o que sea la incertidumbre sobre quiénes son los herederos la que impida llevar a cabo la partición (por ej, llamamiento a un *nasciturus*, art. 966 Cc).

<sup>5</sup> *Vid art. 813.* Se deja a salvo el usufructo viudal y lo establecido en los arts. 782 y 808 Cc, referentes a la sustitución fideicomisaria en beneficio de uno o varios hijos del testador que se encuentren en situación de discapacidad.

<sup>6</sup> El art. 782. 1 LEC concede también el derecho a promover la división judicial de la herencia a los legatarios de parte alícuota, como integrantes de la comunidad hereditaria.

<sup>7</sup> No tendría esta posibilidad un heredero sometido a condición suspensiva hasta que esta se cumpla; si bien podrán pedirla el resto de coherederos, asegurando el derecho de aquél para el caso de cumplirse la condición. En cualquier caso, la partición será provisional hasta saberse que la condición ha faltado o no se ha podido verificar.

<sup>8</sup> *Vid, art. 882 párr. 1º Cc.*

<sup>9</sup> De acuerdo con la nueva consideración de la capacidad jurídica de las personas tras la Ley 8/2021, de 2 de junio.

<sup>10</sup> *Vid, arts. 163 y 235.1 Cc* para la patria potestad y la tutela, respectivamente. Según el art. 783.4 LEC, el Letrado de la administración de justicia convocará al Ministerio Fiscal para que represente a los interesados en la herencia que sean menores y no tengan representación legítima.

<sup>11</sup> *Vid art. 783.4 LEC.* La representación cesará cuando se presenten en el juicio o puedan ser citados personalmente, aunque vuelvan a ausentarse.

<sup>12</sup> SÁNCHEZ CALERO, FJ. (2021). La comunidad hereditaria. *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de familia y sucesiones*. Valencia: Tirant Lo Blanch, p.430. Si antes de hacer la partición muere uno de los coherederos, dejando a su vez dos o más herederos, bastará que uno de estos pida la partición para llevarla a cabo, si bien todos ellos deberán comparecer bajo una sola representación (*vid art. 1055 Cc*).

<sup>13</sup> Aunque en otro tiempo existieron disquisiciones doctrinales, en la actualidad doctrina y jurisprudencia entienden que cada participante de la comunidad hereditaria tiene, sobre el conjunto de los bienes que la conforman, la titularidad de una cuota global conocida como derecho hereditario *in abstracto*, pendiente de la partición, que según los arts. 42.6 y 46 LH puede acceder al Registro de la propiedad mediante un asiento de anotación preventiva en las

hojas registrales de las fincas o derechos pertenecientes al causante de la herencia. No se trata pues de un añadido de varias copropiedades sino de una única comunidad cuya base objetiva es la herencia.

<sup>14</sup> *Vid art. 403 Cc, sobre división de la cosa común.*

<sup>15</sup> Junto a ella la teoría de la *naturaleza traslativa* de la partición, según la cual se produce una transmisión recíproca de los derechos que corresponden a cada comunero sobre los bienes que no le han sido adjudicados y la teoría de la *naturaleza declarativa* de la misma, que afirma existir una mera declaración del derecho de cada comunero sobre los bienes que le han sido adjudicados, como si los hubiera recibido directamente del causante, reconociendo a la partición eficacia retroactiva. El art. 1068 Cc dispone que *la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados*.

<sup>16</sup> Según el art. 782.4 LEC, el reconocimiento de su condición se puede haber realizado en el testamento por el causante, por los propios coherederos, o tener su derecho documentado en un título ejecutivo. La petición se podrá realizar en cualquier momento anterior a la entrega de bienes adjudicados a cada heredero, pues según el art. 788.3 LEC, para poder hacer esa entrega, una vez formulada la oposición, los acreedores deben estar completamente pagados o garantizados sus créditos.

<sup>17</sup> *Vid, art. 10 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.*

<sup>18</sup> No se deben, por ello, confundir estos actos de carácter particional con los legados. Para LACRUZ BERDEJO, JL y SANCHO REBULLIDA, F. (1988). *Elementos de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*. Barcelona: Bosch, p. 185, el señalamiento por el testador de bienes concretos que han de integrar una cuota abstracta deja sin significación la cuota misma, como si su régimen equivaliese al de la institución de heredero *ex re certa*.

<sup>19</sup> *Vid art. 902 Cc.*

<sup>20</sup> Resulta muy interesante, a este respecto, la R. DGSJFP de 22 junio 2023 (BOE-A-2023-16342), en el recurso interpuesto contra la calificación del registrador, por la que se suspende la inscripción de una escritura de entrega de legado por contador partidor. La DG da la razón al registrador pues no se puede solicitar la prórroga de un plazo ya vencido ni por lo tanto proceder a otorgar la escritura de entrega de legado por el albacea contador partidor. Su legal actuación sólo puede comenzarla después de que ocurra el fallecimiento del testador y se compruebe que tal designación no ha sido revocada por disposición testamentaria posterior. Así, ocurrido el fallecimiento del testador, si conocía el nombramiento, a los seis días del óbito si no se excusa del cargo; y si no lo conocía, seis días a contar desde que tuvo conocimiento del nombramiento, una vez abierta la sucesión. (Se deduce pues que a partir de este momento comienza el cómputo del plazo y sus posibles prórrogas y que el encargo debe llevarse a cabo dentro del mismo).

<sup>21</sup> *Vid arts. 898, 904, 905, 906 y 910 Cc para el albacea.*

<sup>22</sup> *Vid art. 908 para el albacea.*

<sup>23</sup> El párr. tercero del art. 1057 Cc, para el caso de que algunos de los coherederos estuvieran sujetos a patria potestad o tutela, exige que el inventario de los bienes de la herencia se haga con citación de los representantes legales de dichas personas. Y, si el coheredero tuviera dispuestas medidas de apoyo, se estará a lo establecido en ellas.

<sup>24</sup> De acuerdo con el ar. 1061 Cc, para guardar la posible igualdad se harán lotes o adjudicaciones de cosas de la misma naturaleza, calidad o especie. Por su parte, el art. 841 Cc, permite al contador-partidor, expresamente autorizado por el testador, la adjudicación de todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios.

<sup>25</sup> En virtud del art. 1321Cc, el ajuar de la vivienda familiar corresponderá al cónyuge viudo *ex lege*, al margen de sus derechos hereditarios.

<sup>26</sup> En este sentido, la R. DGRN de 26 febrero 2003 (BOE-A-2003-7350), en el recurso interpuesto frente a la negativa del registrador a inscribir una escritura de protocolización de operaciones particionales. En ella se da la razón al registrador y se afirma que las funciones del contador-partidor son las necesarias para transformar el derecho hereditario *in abstracto* en titularidad sobre bienes y derechos concretos para lo que habrá de ajustarse a la ley y a la voluntad del testador; ello no impide que se puedan admitir una serie de actuaciones, necesarias, para el desempeño de la anterior, entre las que se incluye, la interpretación del testamento; tarea que puede ayudar a subsanar y corregir ciertos defectos del mismo, pero que en ningún caso engloba que el contador-partidor se pueda atribuir funciones decisorias privativas del testador, tales como, desheredar, revocar disposiciones testamentarias o declarar la ineffectuación total o parcial de cláusulas del testamento, pues esta es una función de los tribunales de justicia para el caso de que la impugnación de las mismas fuese solicitada por los herederos.

<sup>27</sup> *Vid art. 1079 Cc.*

<sup>28</sup> El art. 80.1 a) RH para la inscripción de adjudicación de bienes hereditarios requiere escritura de partición o acta de protocolización de operaciones particionales formalizadas con arreglo a las leyes.

<sup>29</sup> El art. 1080 Cc, para el caso de partición realizada de buena fe con preterición de alguno de los herederos, considera que no se rescindirá, si bien establece la obligación de pagar al preterido la parte que proporcionalmente le corresponda. A mi juicio, la preterición procede del testamento y se arrastra a la partición, pues de no ser así, es difícil mantener la buena fe de los herederos.

<sup>30</sup> Sobre la figura del defensor judicial, *vid*, GARCÍA LÓPEZ, P. (2022). *El defensor judicial del menor. Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, al año de su entrada en vigor*. Madrid: Dykinson, pp.359-367.

<sup>31</sup> *Vid arts. 783 y ss LEC.*

<sup>32</sup> Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de arbitraje. En su art. 9.1 se considera válido el arbitraje instituido a través de disposición testamentaria. La voluntad del testador habrá de ser acatada por todos los llamados a la herencia que la hayan aceptado; por su parte, el art. 10, aclara que el convenio arbitral puede adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, pero deberá expresar la voluntad de las partes de someterse a arbitraje respecto de determinada relación jurídica, contractual o no contractual. En igual sentido, *vid*, art. 464.7.1 del Código civil de Cataluña.

<sup>33</sup> En principio, las discrepancias que existan entre legitimarios no pueden someterse a arbitraje, dada la naturaleza imperativa de la regulación de las legítimas. Ello sólo será viable si son los propios herederos forzados quienes suscriben el convenio arbitral. En este sentido, el art. 2 Ley 60/2003 considera susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias que, conforme a derecho, sean de libre disposición. La arbitrabilidad depende, pues, de la disponibilidad de la materia.

<sup>34</sup> *Vid arts. 7 y 11 Ley 60/2003.*

<sup>35</sup> *Vid art. 24 Ley 60/2003.*

<sup>36</sup> *Vid arts. 37a 39 Ley 60/2003.*

<sup>37</sup> *Vid art. 44 Ley 60/2003.* Según el art. 36, si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo, los árbitros darán por terminadas aquéllas con respecto a los puntos acor-

dados y si los interesados lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes.

<sup>38</sup> Aun habiendo contador-partidor, se puede solicitar la partición judicial si no hubiera realizado la división en el plazo establecido o si ya hubiera cesado en su cargo.

<sup>39</sup> *Vid art. 784 LEC.*

<sup>40</sup> El contador está sujeto a la voluntad manifestada por el causante en el testamento y a las normas legales aplicables a la sucesión. Obviamente, no podrá perjudicar las legítimas y según el art. 786 LEC, tampoco evitar la indivisión o la excesiva división de fincas. LÓPEZ PELÁEZ, P. (2023). Varios aspectos personales en la partición realizada por el propio testador. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 798, p.2150, hace referencia a las llamadas “normas particionales”, ruegos o recomendaciones del testador para que se adjudiquen determinados bienes a determinados coherederos en su momento, sin que esto suponga adjudicación actual de los mismos, de manera que sigue haciendo falta la asignación o partición posterior.

<sup>41</sup> Dice CARBALLO FIDALGO, M. (2011). Comentario al artículo 1056 del Código civil. En *Código civil comentado*, Vol. II, Libro III. Madrid: Civitas, p. 1732, que, bajo el presupuesto de la necesaria existencia y validez del testamento, la partición extra testamentaria se concibe siempre y en todo caso como un acto complementario de aquél, cuyas disposiciones ejecuta y de cuya naturaleza participa, a modo de negocio *per relationem* que contempla y se integra en otro considerado como principal. No tendría otro alcance que el de dispensar a la partición de la necesidad de ajustarse a las solemnidades testamentarias, sin afectar a las reglas rectoras sobre capacidad para partir, al carácter esencialmente personalísimo del acto, ni muy especialmente, a su eficacia claudicante como acto de última voluntad libremente revocable. Además, cuente o no con la anuencia de los llamados a la sucesión, carece *per se* de efecto transmisorio. La eficacia del negocio pasa por la existencia de un testamento concordante del que trae su fuerza el acto.

<sup>42</sup> REBOLLEDO VARELA, AL. (2024). Partición por el testador: redacción del testamento e interpretación de la voluntad manifestada (una perspectiva práctica a la luz de la jurisprudencia). *Revista Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 20, p.769, considera equívoca la expresión “partición por el testador”, pues la adjudicación de los bienes coincide con la apertura de la sucesión y la aceptación de la herencia.

<sup>43</sup> También las reservas, si se diera el caso. *Vid*, arts. 811 y 968 y ss Cc. Se habrá de determinar qué bienes son reservables y qué destino deben tener los mismos.

<sup>44</sup> LÓPEZ PELÁEZ, P. (2023). Varios aspectos personales en la partición realizada por el propio testador. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 798, p.2157. En la p. 256, destaca la idea de que cuando el testador opta por el pago en metálico de la legítima, su decisión no tiene que obedecer a ninguna causa determinada, a diferencia de lo dispuesto en el art. 1056, párr. 2.<sup>º</sup>, cuya razón es mantener indivisa una empresa o explotación económica. Para CARBALLO FIDALGO, M. (2011). Comentario al artículo 1056 del Código civil. En *Código civil comentado*, Vol. II, Libro III. Madrid: Civitas, p. 1734, la partición por el causante, prevista en el 1056. 1 no constituye una excepción al derecho del legitimario a una *pars bonorum*. Aun cuando las excepciones a tal derecho se han visto enormemente ampliadas en 1981, con la opción regulada en los arts. 841 y ss, su elusión directa por el causante sigue limitándose a los supuestos recogidos en los arts. 821, 829, 1056.2 y 1062; fuera de ellos, conservan los legítimos su derecho a percibir bienes hereditarios, aun cuando, partiendo el causante no hayan de ser de la misma naturaleza, calidad o especie que los recibidos por otros sucesores. LACRUZ BERDEJO, JL y SANCHO REBULLIDA, F. (1988). *Elementos de Derecho Civil V. Derecho de Sucesiones*. Barcelona: Bosch, p. 149, consideran que el art. 1061 Cc tampoco se aplica a la

partición que llevan a cabo los coherederos, pues pueden dividir la herencia de la manera que entiendan más conveniente. Ahora bien, ese acuerdo requiere unanimidad a la hora de realizar el cuaderno particional.

<sup>45</sup> En función del nuevo valor del patrimonio, al que se resta un bien o se disminuye su valor, se debe llevar a cabo la computación (*relictum + donatum*) y sobre esa base determinar la legítima global e individual en función del número de legitimarios.

<sup>46</sup> Dice REBOLLEDO VARELA, AL. (2024). Partición por el testador: redacción del testamento e interpretación de la voluntad manifestada (una perspectiva práctica a la luz de la jurisprudencia). *Revista Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 20, pp.785-786, que, en principio correspondería al heredero adjudicatario soportar la pérdida o menoscabo, sin perjuicio de las acciones de protección de la legítima. Sin embargo, aclara, parte de la doctrina considera que la partición debería ser modificada con compensación al heredero del valor de ese bien. Por ello, estos supuestos deberían estar previstos en el testamento, sobre todo si la voluntad del testador es que cada heredero soporte el deterioro, pérdida o inexistencia del bien adjudicado, sin perjuicio de las acciones de protección de la legítima.

<sup>47</sup> *Vid art. 1074 Cc.*

<sup>48</sup> CARBALLO FIDALGO, M. (2011). Comentario al artículo 1056 del Código civil. En *Código civil comentado*, Vol. II, Libro III. Madrid: Civitas, p. 1733.

<sup>49</sup> Dice SAIZ GARCÍA, C. La partición de la herencia, p. 8. Disponible en: <https://www.uv.es/uvdocenciadret/02-derecho-sucesiones/teoria-unidad/unidad-14-particion-herencia.pdf> p. 8, que se puede tratar de un documento público, privado o, incluso, hacerse verbalmente. Disponible en: <https://www.uv.es/uvdocenciadret/02-derecho-sucesiones/teoria-unidad/unidad-14-particion-herencia.pdf>

<sup>50</sup> *Vid art. 813 Cc.* A salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo legal del cónyuge viudo y lo establecido en los arts.782 y 808 Cc, en relación con la sustitución fideicomisaria sobre la legítima estricta en beneficio de un descendiente con discapacidad; los gravámenes sobre la mejora en beneficio de descendientes, ex. art. 824 Cc, la *Cautela Socini* (usufructo universal a favor del viudo y nuda propiedad de los bienes para los hijos) y que la privación de la legítima obedezca a causa de desheredación, según los arts. 848 y ss Cc y sea justa.

<sup>51</sup> *In claris non fit interpretatio.* El elemento primordial para conocer la voluntad del causante ha de ser el tenor del propio testamento, su literalidad. Sólo si surgen dudas, se observará lo que aparezca más conforme con la intención, pero siempre según el tenor del propio testamento. Precisamente, de manera combinada y para determinar el sentido exacto de las palabras, se debe acudir a los conocidos recursos interpretativos en materia contractual: gramatical, sistemático y lógico. Si todo esto no fuera suficiente, podríamos acudir a los conocidos como medios extrínsecos de interpretación que, en ocasiones, permiten aclarar y precisar las disposiciones testamentarias. Se trata de datos externos al testamento que, de algún modo, permiten hacer la interpretación desde el punto de vista del testador pues son variadísimas las circunstancias que en cada caso pueden concurrir.

<sup>52</sup> En este sentido, la R DGSJFP DE 27 de octubre de 2023 (BOE-A-2023-23695).

<sup>53</sup> La mayoría de la doctrina niega la viabilidad de una partición unilateral inter vivos realizada por quien no ha otorgado testamento, aunque el reparto de bienes se efectuara de acuerdo con las normas de la sucesión intestada. No supone un obstáculo que el art. 1075 Cc se refiera al *difunto* y no al testador pues la interpretación de las normas se ha de hacer de manera sistemática.

<sup>54</sup> *Vid art. 738 Cc.*

<sup>55</sup> La sucesión contractual sí está admitida en otros ordenamientos jurídico-civiles del Estado español, como Navarra, Aragón, País Vasco, Galicia, Cataluña o Islas Baleares; en ellos se reconocen y regulan los pactos sucesorios; aquéllos en los que una persona acuerda con otra la ordenación de su sucesión *mortis causa*, de modo que no la podrá revocar por su sola voluntad. Se puede tratar de pactos de suceder, pactos de no suceder o de renuncia en vida del causante o pactos sobre la sucesión de un tercero. Dice SAIZ GARCÍA, C. La partición de la herencia, p. 8, que teniendo en cuenta el art. 1271 Cc, los contratos entre el causante y los herederos, cuando tengan por objeto el reparto del caudal hereditario son perfectamente válidos. Sin embargo, no se producirá la transmisión hasta que no se produzca la muerte del causante, como sucede en la *donation partage* del Derecho francés, que defiende un sector minoritario de nuestra doctrina. Disponible en: <https://www.uv.es/uvdocenciadret/02-derecho-sucesiones/teoria-unidad/unidad-14-particion-herencia.pdf> Para GARCÍA ALEMANY, E. (2017). La sucesión *mortis causa* en la empresa familiar. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, extraordinario, p. 697, la división por acto *inter vivos* del patrimonio es un acto *mortis causa*, cuya eficacia queda diferida al momento de la apertura de la sucesión.

<sup>56</sup> LÓPEZ PELÁEZ, P. (2023). Varios aspectos personales en la partición realizada por el propio testador. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 798, p.2152.

<sup>57</sup> VALLET de GOYTISOLO, JB. (1978) Comentario al art. 1056 Cc. En: M. Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XIV, Vol. 2.<sup>º</sup>. Madrid: Edersa pp. 123-170.

<sup>58</sup> BOE-A-2023-23695, p.155371.

<sup>59</sup> Se puede tratar, también, de un acto extra testamentario, documento independiente, referido a un testamento anterior o simultáneo. MERINO ESCARTÍN, JF. "Partición hecha por el propio testador". *Comentarios a las resoluciones de la DGRN*. N.º 136, 2016, p. 3. Disponible en: <https://vlex.es/vid/particion-hecha-propio-testador-694508145>, considera que el testamento puede ser anterior, simultáneo o posterior.

<sup>60</sup> MERINO ESCARTÍN, JF. (2016). Partición hecha por el propio testador. *Comentarios a las resoluciones de la DGRN*, núm.136, pp.1-4. (En línea), disponible en: <https://vlex.es/vid/particion-hecha-propio-testador-694508145> p. 3. considera que salvo que haya terceros interesados legitimados para exigir el cumplimiento del *modo particional* ordenado por el testador, los herederos mayores de edad pueden por unanimidad partir haciendo caso omiso de lo ordenado por el testador. Es también de esta opinión, FERNÁNDEZ TRESGUERRES, A. (2008). *Transmisión mortis causa de la condición de socio. Un estudio en la sociedad limitada familiar*. Navarra: Aranzadi, pues dado que la partición efectuada por el testador atribuye directamente los bienes a los herederos por el solo hecho del fallecimiento, estaríamos en presencia no de un negocio particional, sino de otro tipo de negocio de disposición.

<sup>61</sup> En el caso de un testamento oólógrafo se requeriría copia del acta de protocolización.

<sup>62</sup> Para REBOLLEDO VARELA, AL. (2024). Partición por el testador: redacción del testamento e interpretación de la voluntad manifestada (una perspectiva práctica a la luz de la jurisprudencia). *Revista Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 20, p.784, el testador no está vinculado por valor alguno, tampoco por el valor de mercado propio de la partición por los herederos o el contador-partidor, y lo relevante no es su valor objetivo, sino los bienes en sí, con el valor subjetivo que el testador implícitamente les ha atribuido.

<sup>63</sup> Trata el tema de la partición practicada por el testador y la adjudicación de la herencia desde la doble perspectiva de que existan o no legitimarios, LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2024). La partición practicada por el testador y la adjudicación de la herencia existiendo legitimarios. *El Notario del siglo XXI*. Revista 62, 1-9. (En línea), disponible en: <https://>

[www.elnotario.es/practica-juridica/4130-la-particion-practicada-por-el-testador-y-la-adjudicacion-de-la-herencia-existiendo-legitimarios](http://www.elnotario.es/practica-juridica/4130-la-particion-practicada-por-el-testador-y-la-adjudicacion-de-la-herencia-existiendo-legitimarios), considera peligrosa y perturbadora la interpretación que hace la DGRN y sus argumentos poco convincentes cuando afirma que han de intervenir todos los herederos para manifestar lo que proceda respecto a la existencia o no de deudas de la herencia, pues de esta forma se obstaculiza sin base legal alguna, la partición realizada por el testador, pues se llama para inscribir los inmuebles a favor del adjudicatario a todos los herederos, precisamente uno de los problemas que el testador pretende evitar cuando hace la partición.

<sup>64</sup> En la escritura de aceptación se realizará la descripción de los bienes asignados con todos los requisitos necesarios, que exige el art. 9 LH, para que se pueda proceder a su inscripción en el Registro de la Propiedad.

<sup>65</sup> *Vid.* art. 1079 Cc. Se puede tratar de bienes adquiridos con posterioridad o que por olvido no se incluyen en la partición, siempre que su valor no sea relevante en la consideración del conjunto del patrimonio. El testador podrá incluir en su testamento una disposición genérica de atribución por partes iguales de estos bienes a todos los herederos, en cuyo caso, el testamento será mixto, en parte particional y en parte no particional, o en su defecto, la adjudicación de los mismos habrá de hacerse de acuerdo con las normas previstas para la sucesión intestada. Creo, sin embargo, que no puede afirmarse lo mismo de ser al contrario; es decir, adjudicar uno o dos bienes en el testamento y dejar el resto del patrimonio sin dividir ni adjudicar pues dicha atribución conjunta requeriría, necesariamente, operaciones participiales posteriores. Sería difícil mantener, en este último caso, la existencia de un testamento particional del causante.

<sup>66</sup> En esta tarea adquiere importancia fundamental la intervención del Notario. Según el art. 147 RN, el notario debe indagar, interpretar y adecuar la voluntad de los otorgantes al Ordenamiento jurídico y según el art. 695 Cc el testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico material o humano su última voluntad al notario, para que pueda redactarlo con arreglo a ella, informándoles del valor y alcance de su redacción.

<sup>67</sup> *Vid STS de 7 de septiembre de 1998 (RJ 1998,6395)* muy citada en otras posteriores.

<sup>68</sup> Como dice REBOLLEDO VARELA, AL. (2024). Partición por el testador: redacción del testamento e interpretación de la voluntad manifestada (una perspectiva práctica a la luz de la jurisprudencia). *Revista Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 20, p.774, esta doctrina jurisprudencial en la práctica acaba reduciendo la partición por el testador a los casos en los que realiza un completo y clásico cuaderno particional incluyendo todos sus bienes, con avalúo y formación de lotes, normalmente en documento público extratestamentario al que se remite el testamento, que se limita a la institución de herederos, y, en su caso, a incorporar legados.

<sup>69</sup> Si la adjudicación fuera para el pago de su haber, deberá completarse con otros bienes de la herencia hasta alcanzar la cuota instituida.

<sup>70</sup> *Vid arts. 1, 145, 175 y 193 RN.*

<sup>71</sup> Como dice REBOLLEDO VARELA, AL. (2024). Partición por el testador: redacción del testamento e interpretación de la voluntad manifestada (una perspectiva práctica a la luz de la jurisprudencia). *Revista Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 20, p.775, de este modo se puede evitar la interpretación que en la mayoría de los supuestos concluye en la existencia de normas participiales y no de partición, como consecuencia de una incompleta, imprecisa o equívoca redacción de las cláusulas testamentarias, a las que el TS no vincula los efectos legales de la partición por el testador.

<sup>72</sup> Además de que el inventario, el avalúo de los bienes y las deudas que existan no tienen por qué coincidir cuando se otorga el testamento particional o se hace el documento

extratestamentario y cuando se produzca el fallecimiento del testador-partidor; la exigencia de realización de todas estas operaciones por el testador y un excesivo formalismo, puede anudar la consecuencia de que este, informado, se vea inclinado a posponer la misma a un momento posterior, quizás más cercano a su muerte y pueda inducirle a pensar, erróneamente, que ya no puede o debe disponer de esos bienes que conforman su patrimonio.

<sup>73</sup> MARTÍNEZ-GIL VICH, I. (2017). La importancia del título sucesorio para la continuidad de la empresa familiar. *Cuaderno de Derecho y Comercio*, extraordinario, p. 584, considera que las dos cuestiones básicas que preocupan al testador son la elección de su sucesores o sucesores y correlativamente, el reparto justo y equilibrado entre los restantes herederos.

<sup>74</sup> Otras limitaciones en el Código civil son la prohibición de pactos sobre la herencia futura y la prohibición del testamento mancomunado.

<sup>75</sup> La sociedad limitada nueva empresa (SLNE) fue una especialidad de la sociedad de responsabilidad limitada. Este tipo de sociedades mercantiles fueron creadas por la legislación española en el año 2003 para facilitar la constitución de las sociedades que cumplieran una serie de requisitos. Estaban reguladas en el RD Lg 1/2010, de 2 de julio, por el que se modificó el texto refundido de la Ley de Sociedades de capital. Este tipo de sociedad fue derogada por el por el art. 2.6 de la Ley 18/2022, de 28 de septiembre, de creación y crecimiento de empresas. Según la DT 3.<sup>a</sup> de dicha ley: “Las sociedades nueva empresa existentes a la entrada en vigor de esta ley se regirán por las disposiciones reguladoras de las sociedades de responsabilidad limitada y utilizarán la denominación SRL”.

<sup>76</sup> La Exposición de motivos de esta norma decía concretamente que se introducían transformaciones en la legislación civil vigente en aquellos preceptos en los que se ordenan las relaciones entre los miembros de una familia y la sucesión de la unidad productiva para dotarla de instrumentos que permitan diseñar, en vida del emprendedor, la sucesión más adecuada de la empresa en todas sus posibles configuraciones y que estas modificaciones se realizan atendiendo, además, a un criterio integrador del ordenamiento privado en el conjunto de las legislaciones civiles del Estado. Al margen de este precepto, podríamos mencionar otras vías; así, la posible aplicación analógica del art. 821 Cc, el legado de empresa; y del art. 829 Cc, la mejora en cosa determinada. En ambos casos, y dado que son preceptos que se refieren a la transmisión de cosas indivisibles, únicamente podríamos referirlos a supuestos de empresas familiares individuales y no a la transmisión de acciones o participaciones en empresas familiares societarias.

<sup>77</sup> GALLEGOS DOMÍNGUEZ, I. (2016). La legítima y la sucesión mortis causa en la empresa familiar en el Código civil español. En H. Mota, MR Guimaraes (coord.) *Autonomía e heteronomía no Direito da Família e no Direito das Sucessões*. Coimbra: Almedina, p. 516, señala que, ya desde su redacción originaria el precepto tenía un fundamento evidente, ofrecer una norma que impidiera que la rígida aplicación del sistema legitimario llevara a la división de las explotaciones económicas, con los consiguientes problemas que para su pervivencia podían generar; añade que se procuró, además, un acercamiento a las legislaciones forales y que con él se produjo una mutación en la naturaleza jurídica de las legítimas de los hijos a voluntad del testador, pues la misma pasa de ser *pars bonorum* o *pars hereditatis*, para algunos, a *pars valoris bonorum*, de modo que los legitimarios se convertían en titulares de un simple derecho de crédito y en acreedores del legitimario adjudicatario de la explotación.

<sup>78</sup> Dice BELAUSTEGUIGOITIA RIUS, I. (2011). *Empresas familiares. Su dinámica, equilibrio y consolidación*. México: Mc Graw Hill, p. 201, que la sucesión representa la verdadera prueba de fuego para las empresas familiares, por lo que deben enfrentarla con plena conciencia.

<sup>79</sup> GALLEGOS DOMÍNGUEZ, I. (2016). La legítima y la sucesión mortis causa en la empresa familiar en el Código civil español. En H. Mota, MR Guimares (coord.) *Autonomía e heteronomía no Direito da Família e no Direito das Sucessões*. Coimbra: Almedina, p. 501, considera que el poder en una sociedad, en última instancia, corresponde al capital y si este no se distribuye de forma apropiada al relevo en el liderazgo, la sucesión no será adecuada.

<sup>80</sup> Vid, PÉREZ GIMÉNEZ, MT. (2008). El protocolo familiar como instrumento de estabilización para la familia empresaria. *Sentencias de TSJ, AP y otros tribunales*. Aranzadi, núm. 18, 11-27.

<sup>81</sup> Como dice GALLEGOS DOMÍNGUEZ, I. (2016). La legítima y la sucesión mortis causa en la empresa familiar en el Código civil español. En H. Mota, MR Guimares (coord.) *Autonomía e heteronomía no Direito da Família e no Direito das Sucessões*. Coimbra: Almedina, p. 501, la sucesión en el liderazgo y en la propiedad supone la aceptación por la mayoría de los miembros de la empresa familiar e implica un proceso de preparación. Debe, además, respetar las condiciones necesarias de poder para que el designado como sucesor en el liderazgo pueda mantener la empresa con mando fuerte y ordenado. Se necesita un perfil específico en el elegido: la confianza y el respeto de los socios familiares y trabajadores, suficiente experiencia y formación empresarial, vocación por la empresa y voluntad de ser el sucesor.

<sup>82</sup> Si el dueño de la empresa optara por la vía de la donación en vida, y dado que, las legítimas del resto de sucesores deben protegerse, estos últimos podrían reclamar su reducción por resultar inoficiosa, si el valor de la empresa absorbe el total o la mayoría del valor de la herencia (arts. 636, 654, 656 Cc). Al margen de ello, se debe destacar que no es operativo que el causante muera intestado, pues de ser así, no podrá influir en la distribución de los bienes, lo que conllevará un reparto de la herencia al margen de lo que realmente convenga a la supervivencia de la empresa familiar, sea individual o societaria. La sucesión intestada es uno de los principales enemigos para la empresa familiar. El testamento del empresario es un instrumento indispensable para mantener viva la empresa familiar.

<sup>83</sup> El precepto en su redacción originaria se refería al *padre*. Esto lleva a algunos autores, vid, BATALLA DE ANTONIO, A. (2014). La empresa familiar y el análisis del art. 1056. 2 del Cc. En O. Balmaseda, F. Lledó, P. Ferrer, JA Torres (dir.), *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*. Madrid: Dykinson y Consejo General del Notariado, p. 140, a considerar que se amplía el ámbito personal que deja de estar circunscrito a padres e hijos.

<sup>84</sup> Esta circunstancia aboca al régimen económico matrimonial de separación de bienes. Si el empresario casado lo estuviera en régimen de sociedad de ganancias, cabría la posibilidad de un acuerdo con su cónyuge para llevar a cabo la partición de los bienes comunes en dos testamentos independientes y revocables, pero con exacto contenido.

<sup>85</sup> Frente al contenido típico del testamento, designación de los sucesores, herederos y legatarios, se habla del contenido atípico, reconocimiento o condonación de una deuda, por ejemplo y demás declaraciones, no estrictamente sucesorias que, en su caso, producirán su efecto tras la muerte del causante, pero que pueden pervivir al margen de las vicisitudes que pueda sufrir el testamento.

<sup>86</sup> Vid arts. 688 y ss Cc, para el testamento ológrafo; arts. 694 y ss Cc, para el testamento abierto notarial y 706 y ss Cc, para el testamento cerrado.

<sup>87</sup> GARCÍA ALEMANY, E. (2017). La sucesión mortis causa en la empresa familiar. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, extraordinario, p. 687. Se suma a esta opinión GALLEGOS DOMÍNGUEZ, I. (2016). La legítima y la sucesión mortis causa en la empresa familiar en el Código civil español. En H. Mota, MR Guimares (coord.) *Autonomía e heteronomía no Direito*

*da Família e no Direito das Sucessões*. Coimbra: Almedina, p. 518; para él, no se exige que el adjudicatario sea un legitimario, ni que sea un familiar del testador, y lo argumenta en atención a que ya no es únicamente el interés familiar el que justifica la norma, sino también el más genérico principio de conservación de la empresa.

<sup>88</sup> PALAZÓN GARRIDO, ML. (2006). La conservación de la empresa familiar a través de la facultad contemplada por el nuevo art. 1056, párrafo segundo del Código civil. En FJ Sánchez (coord.), *Protección del patrimonio familiar*. Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 316 y ss.

<sup>89</sup> El causante que opta por esta vía lo hará, probablemente, para separar la responsabilidad de unos y otros. El heredero debe hacer frente a las deudas de la herencia, los legatarios no son responsables de las mismas. En este supuesto, cobra especial importancia esta distinción teniendo en cuenta que el adjudicatario se convierte en propietario desde el principio y por ello, puede disponer de forma inmediata; lo que se agrava si, además, se ha señalado un aplazamiento para el pago con dinero extrahereditario.

<sup>90</sup> *Vid art.1 RD Lg 1/2010, 2 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de sociedades de capital.* Las sociedades de capital, todas ellas de carácter mercantil, son la sociedad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones. En la primera de ellas, el capital está dividido en participaciones sociales, en las otras dos en acciones. En cualquier caso, tiene que haber siempre una relación, previamente estudiada, entre la pretensión del testador y las normas estatutarias, pues perfectamente podría ocurrir que no se alcanzara la finalidad prevista en el testamento si los estatutos fijan un derecho de adquisición preferente de las acciones o participaciones en caso de fallecimiento del titular de las mismas.

<sup>91</sup> En este sentido, HUERTA TRÓLEZ, A. (2004). La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio. *Revista jurídica del Notariado*, n.º 50, p. 125, considera que el legislador ha utilizado con toda intención una expresión tan vaga e indeterminada con el objeto de evitar interpretaciones restrictivas o excluyentes. Impera la idea genérica de una actividad y un patrimonio aplicados a la obtención de un beneficio económico. La referencia a sociedades de capital no debe ser entendida como excluyente. No se requiere que la actividad tenga un carácter empresarial estricto. Incluso, admite su aplicación a las sociedades patrimoniales o de mera tenencia de bienes, pues aspectos formales y fiscales aparte, ninguna diferencia de fondo existe entre un patrimonio familiar ordinario y una sociedad familiar meramente patrimonial o de tenencia de bienes.

<sup>92</sup> DÍEZ SOTO, CM. (2010). La sucesión hereditaria en la empresa familiar: problemas y soluciones. En M. Sánchez (coord.) *Régimen jurídico de la empresa familiar*. Cizur Menor: Thomson-Civitas, p. 151, excluye de su ámbito a las sociedades o entidades patrimoniales de mera tenencia de bienes, pues de lo contrario, se podría eludir con facilidad el sistema de legítimas.

<sup>93</sup> Las empresas familiares españolas crean cerca del 70% del empleo privado. Son responsables de más de 6,58 millones de puestos de trabajo, representan el 89% de la masa empresarial y generan alrededor del 60% del PIB del sector privado español, según los datos disponibles del Instituto de la Empresa Familiar (IEF). Además, el 37% de las empresas españolas que facturan más de 1.000 millones de euros hoy son grupos familiares nacionales, y el 70% de ellas cotiza en bolsa. *Vid*, <https://www.iefamiliar.com/peso-empresa-familiar-en-la-economia/>; además y según los datos del *European Family Businesses*, España es el país europeo con mayor presencia de empresas familiares debido al menor tamaño medio de sus empresas. Estos datos justifican afirmar que la continuidad y conservación de la empresa no atañen únicamente a quien va a recibirla sino también a los acreedores de la empresa, suministradores, distribuidores, etc.

<sup>94</sup> En 1982, Davis y Tagiuri crearon el *modelo de los tres círculos* para dar a conocer la complejidad de las empresas familiares.

<sup>95</sup> Coincido plenamente con ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2006). La reforma del Código civil por la Ley de sociedad limitada nueva empresa. En: JM Abril, ME Amat, L Puis (coord.), *Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferrol*, Vol.1, Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 1263, quien considera que el legislador, de forma incorrecta técnicamente hablando, sólo ha querido confirmar la tesis doctrinal generalizada que siempre entendió que el interés de la familia debía materializarse a través de la conservación de la empresa.

<sup>96</sup> En sentido contrario, HUERTA TRÓLEZ, A. (2004). La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio. *Revista jurídica del Notariado*, n.º 50, p. 126, entiende que el testador puede atribuir la empresa, acciones o participaciones, ya lo haga en interés de la familia, ya para asegurar la conservación de la empresa. La conservación de la empresa es una finalidad alternativa al interés de la familia, no son cumulativas, ni están vinculadas. No se exige que la empresa se conserve en el ámbito familiar, sino simplemente que se conserve.

<sup>97</sup> Para HUERTA TRÓLEZ, A. (2004). La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio. *Revista jurídica del Notariado*, n.º 50, p. 128, el párrafo segundo del 1056 sólo tiene sentido cuando en el caudal relicto no existe dinero u otros bienes para pagar la legítima, pues si lo hubiera nos encontraríamos en el marco del párrafo primero. Es más, el aplazamiento y que sea de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones solo son aplicables cuando el abono ha de efectuarse con dinero extrahereditario.

<sup>98</sup> *Vid arts. 815 y 1075 Cc.*

<sup>99</sup> Si no se hubiera previsto el aplazamiento, el abono de las legítimas se debería llevar a cabo en el momento en que se determine su valor. Esta posibilidad no se ofrecía con anterioridad a la reforma del precepto, por lo que el pago debía ser coetáneo a la adjudicación de la explotación.

<sup>100</sup> Dice GARCÍA ALEMANY, E. (2017). La sucesión mortis causa en la empresa familiar. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, extraordinario, p. 690, que esta obligación que se impone al favorecido con el patrimonio empresarial puede participar de la naturaleza del *modo testamentario*; por lo que, únicamente renunciando a la herencia podrá librarse de la obligación impuesta frente a los interesados. En igual sentido, HUERTA TRÓLEZ, A. (2004). La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio. *Revista jurídica del Notariado*, n.º 50, p. 128, citando a VALLET.

<sup>101</sup> HUERTA TRÓLEZ, A. (2004). La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio. *Revista jurídica del Notariado*, n.º 50, p. 131, alega que el 1056.2 Cc no contiene ninguna previsión en este sentido, tampoco remite al art. 847 Cc y, además, obedece a una motivación muy específica, cual es la conservación de la empresa y el interés de la familia, elemento finalista, que justifica un régimen más favorable para el adjudicatario de la empresa.

<sup>102</sup> Es de la misma opinión, MARTÍNEZ-GIL VICH, I. (2017). La importancia del título sucesorio para la continuidad de la empresa familiar. *Cuaderno de Derecho y Comercio*, extraordinario, p.609, por aplicación del art. 1084 Cc y porque así lo aconseja la adecuada protección de los legitimarios. Por su parte, MARTÍNEZ-CORTÉS GIMENO, J. (2017). Conflictos más frecuentes en el marco de la empresa familiar y su prevención. *Cuadernos de Derecho y Comercio*, extraordinario, p. 781, considera que la referencia en el propio cuerpo del artículo 1056 a las causas de extinción de las obligaciones y el texto del artículo 847, que expresamente los exige, inducen a pensar que sería defendible que el legitimario perjudicado los reclamara.

<sup>103</sup> Según el art. 15 LH, durante *los cinco primeros años* de la fecha de la mención, quedarán solidariamente afectos al pago de la legítima todos los bienes de la herencia en la cuantía y forma que las leyes determinen. La mención quedará sin efecto, si el legitimario hubiese aceptado bienes determinados o cantidad cierta para pago de dichas legítimas o concretado su garantía sobre uno o más inmuebles de la herencia. *Transcurridos los cinco primeros años*, si no se hubiera fijado el importe de dichas legítimas, ni concretado su garantía sobre ciertos bienes inmuebles, ni asignado bienes determinados para su pago, continuará surtiendo plenos efectos la mención solidaria expresada con anterioridad, hasta cumplidos *veinte años* del fallecimiento del causante. Dice MARTÍNEZ-GIL VICH, I. (2017). La importancia del título sucesorio para la continuidad de la empresa familiar. *Cuaderno de Derecho y Comercio*, extraordinario, p.607, que la garantía es diferente a la de los perceptores de metálico de los arts. 841 y ss del Cc, que son simples legatarios de cantidad, cuya protección deriva del sistema del art. 844 párrafo segundo del Cc.

<sup>104</sup> *Vid art. 782.1 LEC.*

<sup>105</sup> *Vid, art. 1271 Cc.* También el art. 816 Cc prohíbe la transacción o renuncia sobre la legítima entre el causante y sus legitimarios.

<sup>106</sup> *Vid, arts. 826 y 827 Cc,* promesas de mejorar y no mejorar, y la mejora irrevocable en capitulaciones o mediante contrato oneroso celebrado por tercero y 1341 párrafo segundo, donación de bienes futuros. Dice MARTÍNEZ-GIL VICH, I. (2017). La importancia del título sucesorio para la continuidad de la empresa familiar. *Cuaderno de Derecho y Comercio*, extraordinario, p.615, que las formas excepcionales de sucesión admitidas en nuestro derecho común apenas son utilizadas, como pueden atestiguar los notarios en sus despachos profesionales.

<sup>107</sup> *Vid, arts. 100 a 109 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho civil vasco; Leyes 120 a 126 y 172 a 183 en Navarra; arts. 6, 8 a 13, 50 y 51 y 72 a 77 en las Islas Baleares; arts. 209 a 227 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia; arts. 377 a 404 en el caso de Aragón; Ley 10/2008, Libro IV del Código civil de Cataluña, art. 431.*

<sup>108</sup> NAVARRO CARO, V. (2022). *Il patto di familia* y su posibilidad en el ordenamiento civil castellano. *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.<sup>o</sup> 16, 1695-1696.

<sup>109</sup> Según NAVARRO CARO, V. (2022). *Il patto di familia* y su posibilidad en el ordenamiento civil castellano. *Actualidad jurídica iberoamericana*, n.<sup>o</sup> 16, 1706-1707, la cuota de legítima ha de calcularse en relación al bien objeto de disposición, la empresa familiar, que se tasa ya en ese momento y no en relación al entero patrimonio del empresario-disponente; y se abonará con bienes o derechos extra hereditarios dado que esta operación se realiza en vida del causante, por lo que no se puede hablar ni de herencia ni de bienes relictos.

<sup>110</sup> Libro IV del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.

<sup>111</sup> De igual modo, los heredamientos y atribuciones particulares ordenados en pacto sucesorio pueden hacerse constar en el Registro de la propiedad, en vida del causante, por medio de nota al margen de la inscripción de los bienes inmuebles incluidos en el heredamiento y, si incluyen o tienen por objeto acciones nominativas o participaciones sociales, pueden hacerse constar, en vida del causante, en los respectivos asientos del libro registro de acciones nominativas o del libro registro de socios.

<sup>112</sup> El heredamiento es un pacto sucesorio de institución de heredero que confiere a la persona instituida la calidad de sucesora universal del heredante con carácter irrevocable, con las excepciones de los apartados 13, 14 y 21 del art. 431.

<sup>113</sup> En cuyo caso es revocable unilateralmente por medio de un testamento posterior, que debe ser necesariamente notarial y abierto, o un nuevo pacto sucesorio. Este carácter preven-

tivo no se presume nunca por lo que debe pactarse de forma expresa, dejando clara su revocabilidad (art. 431-21).

<sup>114</sup> De hecho, según ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2006). La reforma del Código civil por la Ley de sociedad limitada nueva empresa. En: JM Abril, ME Amat, L Puis (coord.), *Homenaje al profesor Lluis Puig i Ferrol*, Vol.1, Valencia: Tirant Lo Blanch, p. 1251, en la práctica se demuestra que en los territorios forales apenas se hace uso de los pactos sucesorios.

*Trabajo recibido el 7 de enero de 2025 y aceptado para su publicación el 24 de febrero de 2025*

