

Problemas sucesorios de transmisión de la empresa familiar*

Hereditary succession problems in family companies

por

M.^a EUGENIA SERRANO CHAMORRO
Catedrática de Derecho civil en la EUU Empresariales
Universidad de Valladolid

RESUMEN: Es de gran valor para la economía de nuestro país una buena planificación de la sucesión en las empresas familiares, pues genera un impacto económico relevante. Los problemas hereditarios afectan a la continuidad de la empresa. En este trabajo se pretende ofrecer la normativa actual de nuestro derecho civil, teniendo en cuenta el poder del testador (empresario) para poder libremente disponer *mortis causa* de su empresa familiar, según la normativa vigente.

ABSTRACT: *It is of great value to the economy of our country a good succession planning in family businesses, because it generates a significant economic impact. The hereditary problems affect the continuity of the company. In this work it is intended to provide the current rules of our civil law, taking into account the power of the testator (employer) to be able to freely dispose*

* El presente trabajo se hace en base al Proyecto de Investigación otorgado por la Junta de Castilla y León, bajo el título «La sucesión *mortis causa* de la empresa en Castilla y León. Problemas que plantea». Resolución EDU/940/2009 de 28 de abril de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León.

mortis causa for his family-owned companies according to the regulations in force, family companies.

PALABRAS CLAVE: Empresa. Sucesión. Legítima. Empresa familiar. Participación. Protocolo. Testador.

KEY WORDS: *Enterprise. Sucesion. Legitimize. Family companies. Partition. Protocol. Testator*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO DE EMPRESA EN GENERAL.—III. SUCESIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR.—IV. LA NUEVA REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 1056 DEL CÓDIGO CIVIL: 1. ASPECTO SUBJETIVO. 2. ASPECTO OBJETIVO. 3. ASPECTO FINALISTA O INTENCIONAL. 4. ASPECTO TEMPORAL. 5. PAGO DE LA LEGÍTIMA. 6. EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO. 7. FORMA.—V. CONEXIÓN DEL ARTÍCULO 1056 CON LOS ARTÍCULOS 841 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO CIVIL.—VI. CONCLUSIÓN.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Se ha puesto de relieve en numerosos trabajos, reuniones, conferencias la importancia de ofrecer un tratamiento útil y ágil a la hora de planificar la sucesión de las empresas familiares¹, con intereses particulares y políticos enraizados, puesto que contribuye a un buen desarrollo de la economía de nuestro país. Son los principales agentes de creación de riqueza, generan un considerable impacto económico determinando a los estados miembros de la Unión Europea, a través de su Comisión a adoptar medidas que garanticen la supervivencia de este tipo de empresas².

El presente trabajo se enmarca dentro de la investigación jurídica de derecho sustantivo, estudiando una de las preocupaciones relevantes de estas empresas, los riesgos inherentes a la sucesión generacional, la transmisión hereditaria de la empresa familiar, ¿puede el testador, normalmente el fundador de la empresa familiar, adjudicar la misma a un solo heredero para preservar su indivisión? ¿nuestro sistema legitimario permite la libre disposición de los bienes hereditarios? ¿se puede pagar la legítima de los herederos en metálico hereditario o extrahereditario? ¿los problemas hereditarios afectan a la supervivencia y continuidad de la empresa? ¿qué medios se pueden utilizar para sobrevivir al fenómeno sucesorio? Para resolver las cuestiones³ de ámbito civil me fijaré en el objeto hereditario: la empresa, teniendo en cuenta las modificaciones legislativas en vía sucesoria que van tratando de corregir los interrogantes expuestos.

Realizaré esta labor desde el ámbito estatal, sin perjuicio de hacer referencias a la normativa autonómica que ofrece una regulación interesante, principalmente Galicia y Cataluña, tras sus recientes modificaciones en el ámbito del Derecho de Sucesiones⁴.

La principal novedad la presenta la Ley 7/2003 de 1 de abril, de la sociedad limitada nueva empresa que en su EM alude al problema antes mencionado de su transmisión *mortis causa*: «*la presente Ley desarrolla el denominado Proyecto Nueva Empresa que tiene por objeto estimular la creación de nuevas empresas, especialmente las de pequeña y mediana dimensión, que constituyen la columna vertebral de la economía española y de la europea y son claves en la creación de puestos de trabajo.*

Asimismo, teniendo en cuenta la situación y perspectiva de las pequeñas y medianas empresas como factores generadores de riqueza y empleo, y con el objeto de proporcionarles los medios suficientes para que puedan desarrollarse, alcanzar el ámbito internacional y superar los cambios generacionales dentro de las mismas, la presente Ley intenta resolver tres problemas que se han identificado en la mayoría de nuestras empresas: las dificultades de financiación, la pérdida del control de la gestión por los socios que ostentan la mayoría y los problemas de supervivencia de la sociedad derivados de la sucesión generacional».

Se introducen 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: societarias, empresa individual, etc. Estas modificaciones, aplicables exclusivamente al territorio común, que se rige por el Código Civil, conforme al artículo 149.1.8 de la Constitución española, se realizan atendiendo, además, a un criterio integrador del ordenamiento privado en el conjunto de las legislaciones civiles del Estado⁵.

PARRA LUCÁN⁶ señala que la institución de las legítimas está siendo sometida a revisión. El análisis crítico de las legítimas no se contempla exclusivamente desde el punto de vista del puro interés personal, bien del testador (libertad de testar), bien de los legitimarios (derecho a ver satisfechas sus expectativas), sino desde un punto de vista del interés social (en relación con la función económica y social) que, se entiende, debe justificar la existencia de esta institución para que el ordenamiento garantice su protección.

II. CONCEPTO DE EMPRESA EN GENERAL

Conviene dar unas nociones del objeto de la transmisión: la empresa, pues dependiendo del tipo de bien, la sucesión será más o menos complicada. Si

conforme al artículo 659 del Código Civil la herencia puede constituirse por todo tipo de bienes, evidentemente la empresa es uno de ellos, pero con múltiples factores que son merecedores de un análisis pormenorizado.

PALAZÓN⁷ entiende que la sucesión *mortis causa* de la empresa tiene carácter interdisciplinar, pues la empresa social se somete al Código de Comercio y leyes de sociedades y la empresa mercantil individual busca el derecho civil de sucesiones⁸. Si bien, a pesar de que la regulación del Código Civil está pensada para un tipo de sociedad muy distinta a la actual (configurada para una empresa agraria, principalmente) no se puede pretender encontrar en los textos legales una panacea para la sucesión hereditaria en la empresa porque las situaciones son infinitas, no hay una solución única que pueda considerarse la más apropiada para todas, las características y objetivos empresariales son distintos.

DÁVILA⁹ ya manifestó, que las normas del derecho sucesorio están inspiradas en un tipo de economía agraria, no mercantil, de escaso tráfico para una economía poco desarrollada en el cambio; con la vista fija siempre en el interés individual, omitiendo casi el interés del público. Aunque estas declaraciones son de hace bastante tiempo, creo que hoy en día se pueden mantener, pues en el ámbito civil prima el interés del causante, y aunque se tiende a una regulación más permisiva y de mantenimiento de la empresa-mercantil, explotación-agraria, no se contempla propiamente una regulación de normas sucesorias para la empresa, hay que partir de las normas generales, con las modificaciones que se han ido introduciendo, especialmente en el artículo 1056 del Código Civil.

Son varias las ideas que se pueden aportar sobre el objeto de transmisión: la empresa, pero conduciría a un estudio pormenorizado de la normativa mercantil y nuestro cometido es la parte sucesoria en sí, el ámbito civil, por eso simplemente realizaré alguna indicación de la misma.

El término «empresa» puede abarcar distintas variantes, empresa como titular individual, empresa como sociedad, empresa como explotación agraria, o empresa familiar, entre otras.

Desde un punto de vista general, atendiendo a su concepto económico, vemos a la empresa como organización de capital y trabajo para la producción o el cambio de bienes o servicios. El titular de la empresa realiza en el mercado una actividad profesional que constituye el objeto de su empresa regulada por el derecho mercantil.

El Tribunal Constitucional ha afirmado que el artículo 38 CE¹⁰ se refiere a las empresas, en el sentido de organizaciones que tienen una finalidad de lucro como vehículo de garantizar la existencia de una economía de mercado. En esta línea FONT GALÁN¹¹ manifiesta que el concepto económico constitucional de empresa es el de una organización económica productiva y socioeconómicamente eficiente, creada y dirigida por un sujeto jurídico (privado o público) atribuido de libertad económica.

También en nuestros códigos decimonónicos aparece la figura de la empresa confundida, en la mayor parte de los casos, entre las nociones de explotación, establecimiento, tienda, industria...

Por lo que al Código Civil se refiere, el precepto más significativo es el artículo 1056.2.^º, que permite al testador que, en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia, quiera conservar indivisa una explotación económica o mantener el control de una sociedad, atribuirla a un solo descendiente, disponiendo que se satisfaga en metálico la legítima. Esta norma faculta no solo la continuación y conservación de la empresa, sino también su mantenimiento dentro de la familia, evitando así que caiga en manos de extraños lo que en ocasiones constituye el fruto de toda una vida. Se trata como dice PALAZÓN¹² de considerar a la empresa en su condición de conjunción de varios elementos organizados entre sí, constituyendo un todo inescindible e indivisible, estamos ante una norma dispositiva que excepciona el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, de mantener la unidad, conservación e indivisibilidad de dicha conjunción u organización.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico patrimonial, la empresa se concibe por JIMÉNEZ¹³ como una específica modalidad de riqueza productiva, constitutiva de un bien o valor patrimonial de explotación resultante de la materialización de la iniciativa creadora del empresario, de la proyección patrimonial de su labor organizadora de los distintos factores productivos, facultades, poderes y técnicas jurídicas, y de la actividad de producción e intermediación de bienes y servicios para el mercado a través del establecimiento mercantil. Indicando que los problemas derivados de las carencias conceptuales de la empresa se hacen evidentes al ser necesario determinar qué es lo que se transmite y el régimen jurídico aplicable a cada negocio transmisorio de la empresa. Estos problemas se ven en la transmisión *inter vivos* como *mortis causa*, pues nuestro ordenamiento jurídico solo establece algunas normas aisladas tendentes a garantizar el mantenimiento de la unidad económica y jurídica de la empresa y la continuidad de su administración y funcionamiento.

PALAZÓN¹⁴ nos ofrece una visión de la empresa que permite su transmisión como unidad, se manifiesta en el tráfico como un bien económico de estructura compleja.

La nomenclatura que se utiliza es dispar: industria, empresa, negocio...

Considerando los tipos de sociedades conocidos por el Código del Comercio, se suelen clasificar en sociedades de personas o individualistas y de capitales o colectivistas. En las primeras el tipo se configura tomando en consideración primordialmente la persona de los socios. Y en las sociedades de capitales, por el contrario, las aportaciones de los socios y el capital pasan a primer plano, no interesando tanto la persona de los socios como la cuantía de su participación.

Recientemente la ley de Sociedades de Capital de 2 de julio de 2010 cumple con la tarea encomendada por la Ley 3/2009 de 3 de abril sobre modificaciones

estructurales de las sociedades mercantiles de refundir en un único texto las formas o tipos de sociedades de capital. Reconociendo como tal a la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones teniendo siempre carácter mercantil (art. 1 y 2). Estas pueden ser sociedades de capital unipersonales o grupo de sociedades. El artículo 18 de esta ley¹⁵, al regular los grupos de sociedades, acude al Código de Comercio, considerando que, a tenor del artículo 42 del Código de Comercio: «*Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:*

- a. Posea la mayoría de los derechos de voto.*
- b. Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*
- c. Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.*
- d. Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por esta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado».*

Son sociedades de capital unipersonales de responsabilidad limitada o anónima, según artículo 12 de la LSC 2010:

- a. La constituida por un único socio, sea persona natural o jurídica.*
- b. La constituida por dos o más socios cuando todas las participaciones o las acciones hayan pasado a ser propiedad de un único socio. Se consideran propiedad del único socio las participaciones sociales o las acciones que pertenezcan a la sociedad unipersonal.*

Si bien VALMAÑA¹⁶ destaca el peso de la sociedad de responsabilidad limitada como tipo social de referencia en el ámbito de la empresa familiar, al presentar múltiples ventajas en lo relativo a obligaciones formales que, además, tienen repercusiones en lo relativo a los costes de su gestión, por lo que resulta una opción que la doctrina ha venido entendiendo como mucho más adecuada

para la pequeña y mediana empresa, y en particular, para la empresa familiar. NAVARRETE¹⁷ concreta que la SRL es la que mejor se adapta a las necesidades de la fundación de una empresa familiar, pero también la SRLNE, al permitir una forma societaria sencilla que puede evolucionar con el crecimiento de la empresa y cuando las necesidades de financiación externas sean mayores, pues su transformación en SL convencional es muy simple.

No debemos olvidar en este estudio que una gran parte del tejido empresarial español está integrado por sociedades de carácter familiar en sentido amplio, es decir, aquellas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí. Esta realidad económica, jurídica y social obliga a tomar en consideración sus peculiaridades y la lícita autorregulación de sus propios intereses especialmente en relación a la sucesión de la empresa familiar, removiendo obstáculos y dotando de instrumentos al operador jurídico.

Referencia obligada cuando se habla de empresa familiar en cualquier sector es el Protocolo familiar concebido como un documento a través del cual los integrantes de la familia titular de la empresa se proponen encauzar los problemas que puedan afectar a su continuidad, con la previsión de cláusulas cuyo alcance se pretende que obliguen también a sus sucesores¹⁸. Así se pueden encontrar entre los pactos relativos a la propiedad de la empresa, los que afectan al régimen económico matrimonial de los socios (viene siendo exigencia habitual de los Protocolos el sometimiento al régimen de separación de bienes en capitulaciones matrimoniales) y los que afectan a la sucesión de la empresa familiar (en las que se recomienda testar de determinada forma para conservar la empresa en la familia).

La cultura del protocolo familiar, *shareholders agreement*, se encuentra sancionada en las prácticas económicas y de buen gobierno de las sociedades familiares de los países de nuestro entorno, especialmente anglosajones, en cuanto es considerada una garantía adicional para terceros, inversores y acreedores, además de para los propios socios, al dotar de previsibilidad el relevo generacional en la sociedad.

NAVARRETE¹⁹ señala que en los países de libre mercado las empresas de socios familiares constituyen el entramado básico de la economía y los principales agentes de creación de riqueza.

Por otro lado, no existe un concepto unívoco, ni jurídico ni económico, de Empresa familiar, lo cual dificulta su identificación desde una perspectiva jurídico-positiva. VICENT CHULIÁ²⁰ distingue la microempresa familiar de la Sociedad Familiar de Capital siendo esta última la que interesa al derecho mercantil, especificando que es un sujeto-empresa de cierta dimensión que crean una o varias familias, organizado en una sociedad o grupo de sociedades, y que se transmite en sucesivas generaciones, manteniendo unida la organización y valores familiares y la organización y gestión de la empresa. Esta Empresa

Familiar ocupa un lugar destacado en el capitalismo actual. En España²¹ el número de empresas familiares supera los dos millones, generando entre un 65% y un 70% del Producto Interior Bruto (PIB) y, aproximadamente, el 75% del empleo, con cerca de nueve millones de trabajadores, de los cuales más de un millón y medio son autónomos. Su actividad genera un considerable impacto económico, su modelo de gestión contribuye a generar cierta estabilidad del empleo, mayor responsabilidad hacia los trabajadores, las relaciones laborales adquieren matices privilegiados de continuidad.

Se viene considerando que una empresa es familiar cuando una parte esencial de su propiedad está en manos de una o varias familias, cuyos miembros intervienen de forma decisiva en la administración y dirección del negocio²². Existe, por tanto, una estrecha relación entre propiedad y gestión o, dicho de otro modo, entre la vida de la empresa y la vida de la familia.

En España muchas de las empresas familiares actuales surgieron en su tiempo como iniciativas individuales, que a lo largo del tiempo se han consolidado como grupos familiares.

Sea cual sea la fórmula jurídica, lo que caracteriza a la empresa familiar es que existe un control familiar de las decisiones y una continuidad intergeneracional.

En todo caso, el régimen matrimonial y las cuestiones sucesorias tienen una gran importancia en la continuidad de la empresa y deben ser tenidas en cuenta, fundamentalmente, cuando se produce el paso a la segunda generación.

La sucesión generacional se ha revelado como uno de los problemas críticos de la empresa familiar, como lo demuestra el dato de que la mayoría de este tipo de empresas no llegan a la tercera generación. Unido a este problema está el de la permanencia del control de la empresa en el núcleo familiar. Por lo tanto, la preparación de la sucesión es un aspecto fundamental en las empresas familiares y la mentalización acerca de la importancia de esta cuestión, es un factor clave para su continuidad. La preparación de la sucesión implica la imprescindible colaboración de las partes que van a intervenir y requiere una planificación serena y reflexiva de la misma.

Es un hecho incuestionable que las empresas, muy particularmente las pequeñas y medianas, no resuelven de una forma fácil las tensiones que surgen en una transmisión *«mortis causa»* y por ello, con más frecuencia de la deseable, se ven abocadas al cierre, cuando por ejemplo, los sucesores del causante no quieren seguir en la explotación y reclaman su parte en la herencia o exigen el pago de sus derechos legitimarios. En estos casos, lo más probable es que todo acabe en la disolución de la empresa y la subsiguiente pérdida económica y de puestos de trabajo. Por otro lado, la disolución lleva a una considerable desvalorización del patrimonio empresarial, ya que los diferentes elementos que lo integran valen mucho menos individualmente considerados que concebidos como conjunto productivo²³. Se ha visto como uno de los objetivos de la Co-

misión Europea el lograr que el empresario disponga de una autonomía más amplia a la hora de decidir cómo quiere planear la sucesión de su empresa para mantenerla en el seno familiar. Es aquí donde la disposición en vida —y con carácter irrevocable— de derechos sucesorios sobre la empresa que potencie que el sucesor se involucre desde aquel mismo momento, adquiere un protagonismo destacado. Todo ello, teniendo en cuenta que las normas sucesorias, por sí solas, no son suficientes para cubrir esta finalidad de conservación de la empresa familiar en las sucesivas generaciones; las reglas mercantiles del derecho de sociedades completan este marco y coadyuvan decisivamente a alcanzar una correcta transmisión de la empresa.

Obviamente, la problemática que se plantea es muy diferente si se trata de un empresario individual o bien de una empresa con forma societaria. Sin ir más lejos, la responsabilidad frente a los acreedores por las deudas generadas por el ejercicio de la empresa es muy diferente en uno y otro caso: la empresa individual, por ejemplo, aunque, obviamente integra una unidad patrimonial, no llega a ser un patrimonio separado, en el sentido de que de las deudas del causante responde todo el patrimonio, no solo el estrictamente empresarial. Eso no quita, evidentemente, que después de que el heredero no sucesor de la empresa haya pagado una deuda derivada de la actividad empresarial pueda dirigirse —ya en relaciones internas— contra el auténtico titular que deberá hacerse cargo, ya que la empresa, como objeto de la herencia, constituye una unidad que comprende el activo y el pasivo. En cambio, si la empresa se estructura en forma de sociedad mercantil (a menudo como sociedad de responsabilidad limitada) se obvian bastantes de las contingencias que genera la sucesión *mortis causa*, dado que las personas jurídicas no causan una sucesión en sentido estricto.

El derecho, para la adecuada organización de la empresa familiar, debe asegurar que se produzca sin traumas la sucesión hereditaria adecuada en el empresario individual y, después, en las cabezas de las distintas estirpes familiares.

Siguiendo con la empresa familiar, es de destacar el RD 171/2007 de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares²⁴, entendiendo como tal (art. 2,1) aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad. Los aspectos subjetivo, objetivo y formal del protocolo no son objeto de regulación, como tampoco lo es su contenido que será configurado por la autonomía negocial, como pacto parasocial, en hipótesis más frecuente sin más límites que los establecidos, con carácter general, en el ordenamiento civil y específico, en el societario.

Uno de los objetivos esenciales de la publicidad del protocolo es la sucesión de la titularidad de la empresa familiar²⁵. La lícita posibilidad de designar un

representante sucesorio por el causante titular de las participaciones, para facilitar el ejercicio de socio constante de la comunidad hereditaria. También se puede mencionar la modificación que se realiza del RRM, pues en la inscripción de pactos y condiciones inscribibles de los socios de la sociedad anónima y limitada pueden constar (arts. 114.2.b, y 175.2.b, respectivamente) el establecimiento *por pacto unánime entre los socios de los criterios y sistemas para la determinación previa del valor razonable de las acciones/participaciones sociales previstos para el caso de transmisiones inter vivos o mortis causa.*

III. SUCESIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR

No se puede en un solo trabajo recoger todas las cuestiones que pueden plantearse en el ámbito sucesorio de la empresa en general, hay suficiente material para estudiar separadamente la empresa agraria, distinguiéndola de la empresa en general, o incluso de la familiar, o bien las posibilidades de disposición por el titular, o los problemas en el ámbito económico si el titular está casado bajo el régimen de gananciales, por eso simplemente analizaré el aspecto de nuestra competencia, que es el civil, en concreto la sucesión *mortis causa* de la empresa pero desde el punto de vista del nuevo artículo 1056 del Código Civil aunque haré referencia a otras opciones hereditarias.

La falta de previsión testamentaria sobre la ordenación de la sucesión en la Empresa, si la transmisión no se ha realizado en vida, puede tener consecuencias importantes sobre la continuidad de la misma. En este punto hay que comenzar señalando que en España rigen varias legislaciones civiles: la común y las diferentes legislaciones forales, que establecen normas muy diferentes en materia sucesoria y cuya aplicación depende de la vecindad civil del causante o testador. En la sucesión por causa de muerte puede existir, o no, testamento, siendo en este último supuesto cuando las diferentes legislaciones cobran importancia, ya que en defecto de testamento, regirán las normas sucesorias establecidas en cada legislación civil. En nuestro caso hay que acudir a las normas generales de la legislación española, pues nuestra Comunidad, Castilla y León, en este punto sigue al derecho común.

Sin riesgo de exageraciones puede afirmarse que el testamento es instrumento prácticamente imprescindible para asegurar en lo posible la continuidad y cohesión de la Empresa Familiar tras el fallecimiento del anterior o anteriores titulares; en la misma medida en que la sucesión intestada constituye un peligroso factor de riesgo para que se produzca su extinción o dispersión. Sin embargo no existe un tipo axiomático de testamento del titular de la Empresa Familiar, ni siquiera por aproximación.

Su contenido deberá tener en cuenta los factores familiares concretos, que la realidad ofrece cada vez con mayor cantidad de variantes y matices.

También, por supuesto, se han de contemplar las características y valores personales y profesionales de los sucesores, así como el volumen y características de la empresa. Todo ello sin olvidar que el diseño testamentario habrá de adaptarse a la composición del patrimonio del empresario, teniendo muy en cuenta la existencia y valor de otros bienes ajenos a la propia empresa, puesto que la progresiva flexibilización legislativa del sistema legitimario no permite prescindir del límite cuantitativo que en todo caso impone a la voluntad del testador.

Lo que parece indudable es que la falta de coordinación entre protocolo familiar y ordenación sucesoria y familiar de los miembros de la empresa, entorpece la continuidad de la empresa. El protocolo familiar debe servir de complemento de la propia sucesión, canalizando de manera dinámica las necesidades de la empresa. Teniendo en cuenta que las cuestiones que más preocupan al empresario, de cara a la transmisión de su empresa, son principalmente dos: la elección del sucesor adecuado y el reparto de sus bienes entre sus hijos, siendo difícil a veces, su armonización. En materia civil destaca el nuevo artículo 1056 del Código Civil en cuanto prevé la posibilidad especial de transmisión de una empresa, pero hay que conjugar otros tantos aspectos necesarios, como es la situación de la empresa mientras se realiza la partición y adjudicación de los bienes hereditarios, ¿cómo se gobierna? ¿estamos ante una administración conservadora? ¿qué ocurre con las nuevas deudas creadas por la empresa? La dinámica de la empresa puede chocar con la lentitud a la hora de heredar, por eso se trata de conseguir una regulación más específica y apropiada de la sucesión empresarial frente a las reglas generales de sucesión de nuestro ordenamiento jurídico, que para esta Comunidad Autónoma (Castilla y León), son aplicables las normas civiles de nuestro Código Civil.

El sistema de legítimas consagrado en nuestro Derecho, no garantiza el mantenimiento de la unidad y continuidad de la misma. La reciente modificación del artículo 1056 del Código Civil por la Ley 7/2003 ha mejorado esta situación al permitir que, en atención a la conservación de la empresa, el testador disponga que se pague en metálico su legítima a los demás interesados y, en caso de no existir metálico suficiente, permite que se pueda abonar con efectivo extrahereditario, dando para ello un plazo de cinco años. Esta medida establece una posición de equilibrio entre los derechos de los herederos, que quedan garantizados, y el fin último de conservar la empresa.

En estos últimos años se han realizado muchas modificaciones y regulaciones de la empresa familiar en distintos aspectos, pero sin olvidarnos del objeto de nuestro estudio el artículo 1056 de nuestro Código Civil que ha supuesto una cohesión de dos ordenamientos jurídicos —derecho de sucesiones y Derecho de la Empresa—, así en la Ley 7/2003 de 1 de abril de la SLNE, se introducen importantes modificaciones en la sucesión de la empresa. La empresa familiar, orgánicamente, está sujeta a la normativa societaria, que en algunos aspectos

puede tratar de adaptar a sus necesidades específicas pero que, en cualquier caso, debe observar y respetar. Esta ley en su E.M. señala que su finalidad es crear «instrumentos que permitan diseñar, en vida del emprendedor, la sucesión más adecuada de la empresa en todas sus posibles configuraciones: societarias, individual, etc., atendiendo además a un criterio integrador del ordenamiento privado del conjunto de las legislaciones civiles del estado»²⁶.

Hay que citar al RD 171/2007 de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, así como al RD Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, la Ley 35/2011 de 4 de octubre sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias, Real Decreto-ley 9/2012, de 16 de marzo, de simplificación de las obligaciones de información y documentación de fusiones y escisiones de sociedades de capital, o Orden AAA/1408/2012, de 26 de junio, por la que se regula el Registro de explotaciones agrarias de titularidad compartida, o Ley 3/2014 de 1 de octubre de medidas administrativas para reducir las trabas administrativas para las empresas de ámbito andaluz, entre otras normas.

Por otro lado, cabe afirmar que la correcta ordenación de la sucesión *moris causa* en la Empresa Familiar requiere, no como requisito legal sino como presupuesto empírico, de una estructura societaria adecuada al tamaño y características de la empresa y de la propia familia²⁷.

Desde el momento en que se desea vincular la titularidad y la gestión de la empresa al dato biológico de la pertenencia a una familia surge inmediatamente la necesidad de articular jurídicamente el complejo de interrelaciones entre ambas entidades.

¿Cuál es el valor del protocolo familiar como instrumento eficaz para la regulación de la sucesión en la Empresa Familiar? Se dice con frecuencia que el protocolo familiar es básicamente una herramienta que pretende prever la sucesión en la empresa²⁸. La pregunta es con qué eficacia puede hacerlo.

El fenómeno sucesorio se articula, por regla general, en dos fases de contenido diferente y que suelen presentarse casi siempre de modo sucesivo.

La primera fase está constituida por el título de la sucesión. Esta, como señala el artículo 658 del Código Civil, se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de este, por disposición de la ley. Se habla así de sucesión testamentaria y sucesión *ab intestato*. El título formal y material de la primera es el testamento; el de la segunda, la declaración de herederos, judicial o notarial según los casos. La segunda fase, que ocasionalmente puede coincidir en tiempo y forma con la primera (en la hipótesis de partición efectuada en el propio testamento), es precisamente la partición, que admite diversas variantes: hecha por el testador, por el contador-partidor testamentario, por el contador-partidor dativo o por el juez en el correspondiente procedimiento.

En relación a la primera fase, referida al título sucesorio, el problema práctico que se plantea es el siguiente: ¿Puede el protocolo familiar obligar a los socios

a otorgar testamento en un sentido determinado o con un contenido concreto en lo referente a la titularidad de las acciones o participaciones de la empresa familiar? Se trata de una cuestión de gran importancia, ya que es harto frecuente que los protocolos familiares contengan previsiones acerca de la determinación de sucesores de los socios en la titularidad de la empresa por la vía de establecer criterios excluyentes, especialmente la prohibición de disponer en favor de personas ajenas a la familia o cuya relación de parentesco exceda de cierto grado.

También se dan pactos sobre disposiciones testamentarias que establecen el pago en metálico de legítimas y su aplazamiento.

No hay duda de que las disposiciones testamentarias que incumplan o no respeten los pactos del protocolo familiar son plenamente válidas y eficaces.

Resulta evidente la conveniencia de que el empresario otorgue testamento para ordenar la sucesión de la empresa, lo cual es predecible tanto respecto del fundador y su cónyuge como de los demás miembros de la familia que hubieran adquirido la condición de titulares de acciones o participaciones de la empresa. El testamento, como ley fundamental de la sucesión, no solo cierra el paso a la aplicación inexorable de las reglas de la sucesión intestada en lo relativo a la cuantificación de los derechos hereditarios de los descendientes y del cónyuge (en el caso frecuente del empresario casado y con hijos), sino que abre también una amplia gama de posibilidades en orden a la distribución cualitativa del caudal relicto (incluida, claro está, la empresa familiar). Es reconocida e indiscutible la soberanía de la voluntad del testador en la disposición *mortis causa* de su patrimonio (STS de 22 de mayo de 2009, *RJ* 2009/3038). En esta línea, el artículo 1056.1 dispone: «*Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzados*», esa libertad está mermada por mantener ciertas exigencias legales que iré señalando, como es el respeto de la legítima, según los casos.

Para esta finalidad distributiva-participial cabe utilizar una gran variedad de recursos: atribuciones a título singular, disposiciones sobre imputación de legados o donaciones, disposiciones relativas a la forma de pago de las legítimas, cláusulas de naturaleza participial, etc.

Sin riesgo de exageraciones puede afirmarse que el testamento es instrumento prácticamente imprescindible para asegurar en lo posible la continuidad y cohesión de la empresa familiar tras el fallecimiento del anterior o anteriores titulares; en la misma medida en que la sucesión intestada constituye un peligroso factor de riesgo para que se produzca su extinción o dispersión.

La imposibilidad de proyectar un modelo generalmente válido del testamento del titular de la empresa familiar no significa que no sea adecuado formular algunas líneas directrices básicas. Así, respecto de la forma, parece evidente que se ha de optar por el testamento abierto, no solo por las garantías de conservación y eficacia que este ofrece frente al testamento ológrafo (riesgo de pérdida, manipulación o destrucción, así como posibilidad de caducidad quinquenal), sino

sobre todo por el peligro de nulidad o ineficacia que presenta la forma ológrafo y si esto se puede afirmar respecto de cualquier testamento, mucho más si se trata de ordenar la sucesión en la empresa familiar, ya que el testamento del empresario suele revestir tal complejidad jurídica que su redacción por alguien no perito en Derecho resulta totalmente desaconsejable. El testamento abierto, al estar autorizado por notario, garantiza la capacidad del otorgante y la libertad del consentimiento prestado, así como que su contenido se ajusta a la legalidad.

Una segunda consideración de carácter general respecto del testamento del empresario se refiere a la necesidad de coordinar sus disposiciones con la adopción de medidas complementarias, tanto en lo relativo al régimen económico matrimonial como en lo que afecta a los estatutos de la sociedad o sociedades que constituyan la estructura jurídica de la empresa. Como es la posibilidad de prever el derecho de voto para la dinámica de la empresa.

Otra observación de tipo general es la conveniencia de que el testador designe albacea y contador-partidor, concurriendo ambos cargos en la misma persona.

El ordenamiento jurídico ofrece una amplia variedad de instrumentos técnicos que pueden utilizarse en función de los diferentes casos y circunstancias para ordenar la sucesión del empresario y proteger a la empresa de la disgregación y, en último término, de la desaparición. Los más frecuentes pueden ser:

- El usufructo universal a favor del cónyuge²⁹.
- La fiducia sucesoria: artículo 831 del Código Civil³⁰.
- Legado de cosa específica y mejora en cosa determinada³¹.
- Institución de heredero³².
- Pago en metálico de las legítimas, que la examinaré en este trabajo.

Voy a exponer algunas de estas cuestiones planteadas. La que más interés nos despierta es la partición efectuada por el mismo testador-empresario con el fin de evitar una situación de comunidad, ya que el empresario intenta una continuidad de su empresa.

IV. LA NUEVA REGULACIÓN DEL ARTÍCULO 1056 DEL CÓDIGO CIVIL

La redacción original del artículo 1056 párr. 2 del Código Civil era la siguiente:

«El padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos».

Se ha introducido una interesante modificación del segundo párrafo del artículo 1056 del Código Civil cara a la conservación de las explotaciones económicas familiares por medio de la regulación de su transmisión *mortis*

causa. Así, se permite que el testador legue a su voluntad la totalidad de la misma, disponiendo el pago en metálico de la legítima a los legitimarios. En el supuesto de que no exista metálico, el pago de la legítima se puede producir con efectivo extrahereditario como excepción al principio de que la legítima ha de pagarse en bienes de la herencia³³.

Ya FERNÁNDEZ TRESGUERRES³⁴ indicaba que los primeros comentaristas del Código Civil consideraban que la partición por el testador era un desarrollo del párrafo primero del artículo 1056, en virtud del cual el testador impediría hacer uso a sus herederos de la facultad conferida en el artículo 1062.2 del Código Civil a condición de que los demás hijos percibían su legítima en dinero. Considerando la doctrina mayoritaria, antes de la reforma del 2003, que el 1056.2 estaba desvinculado del artículo 1062.2 pues al referirse el precepto al ascendiente y no a cualquier testador y concretarse a las explotaciones debería darse otro significado cual es el constituir una excepción a la norma de que la legítima tiene que ser pagada en bienes hereditarios, como vino a avalar la reforma en 1981 de los artículos 841 y sigs. del Código Civil.

En el régimen del Código Civil³⁵, la concepción de la legítima como cuota que había de ser satisfecha ineluctablemente con bienes relictos (la legítima como *pars bonorum* - art. 806 CC) conducía a la inevitable desintegración de la explotación agraria familiar cuando esta representaba el valor principal del caudal hereditario. En estos supuestos, en los que no había bienes suficientes para satisfacer el derecho de los legitimarios con independencia de la explotación familiar, se imponía la necesidad de proceder a su desmembración para hacer efectivas las cuotas que les correspondían.

He apuntado alguna de las situaciones que se tuvieron en cuenta para su reforma, partiendo de la nueva redacción de este artículo, expondré las bases esenciales a tener presentes en su estudio.

El artículo 1056, párrafo segundo, tras la modificación del 2003, pasa a tener la siguiente redacción:

«El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que este no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844».

El nuevo artículo 1056.2 del Código Civil es una herramienta hábil para la sucesión de la empresa familiar así como también para las sociedades estrechamente patrimoniales.

Para NAVARRO FERNÁNDEZ³⁶ el artículo 1056 constituye una pieza desencajada, siendo confusa la expresión empresa o explotación

El párrafo segundo del artículo 1056 aborda directamente la sucesión en la empresa familiar por la vía de aligerar el rigor del sistema legitimario a través de un procedimiento de pago en metálico de legítimas más flexible que el regulado por los artículos 841 a 847 del Código Civil.

Se trata de un supuesto de partición efectuada por el testador. Sabemos que la partición puede entenderse como negocio jurídico y como conjunto de operaciones jurídicas y materiales. Esta partición en la sociedad familiar la estudia FERNÁNDEZ TRESGUERRES³⁷ como medio para evitar la existencia de la comunidad hereditaria, recordando la clásica definición de la partición como negocio jurídico que impide el nacimiento o pone fin a la comunidad hereditaria mediante la distribución entre los coherederos de los derechos contenidos en la masa y permite el traspaso individualizado de los distintos elementos, activos y pasivos, que integran el patrimonio del causante.

La partición hecha por el testador tiene como finalidad principal evitar la situación de comunidad hereditaria, porque desde la muerte del testador cada heredero es titular, en propiedad exclusiva o en *pro indiviso* de los bienes o derechos concretos que integran la sucesión. Los bienes partidos por el testador no llegan nunca a ser comunes de los herederos.

La nueva redacción del artículo 1056 del Código Civil no pasa de ser un paso poco firme en la dirección de abrir vías específicas para la sucesión de la empresa familiar³⁸. Se limita a sustituir la palabra «padre»³⁹ por «testador», a añadir que la facultad de pagar la legítima en metálico no solo encuentra su justificación en el interés de la familia, sino que la tiene también en la conservación de la empresa (cosa que, sin demasiado esfuerzo, podía considerarse implícito en el texto originario) y a introducir algún otro matiz de carácter menor. Lo más novedoso es quizás, de un lado, la ampliación del tipo de explotación a la cual ahora alcanzan estas facultades particionales y, del otro, que asimila el mantenimiento del control de una sociedad de capital o grupo de estas al concepto tradicional de conservación de la empresa.

El artículo 1056 permite con gran amplitud el pago en metálico de las legítimas, pero la facultad que atribuye ha de estar ligada a una finalidad concreta: «preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas». La norma parece contemplar prioritariamente la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar perteneciente al fundador, el cual, tratándose de empresa societaria, es titular de una parte de capital suficiente para mantener la unidad de la empresa y el control de la sociedad. Pero si nos situamos ante transmisiones de paquetes accionariales

más pequeños, que en sí mismos no atribuyan facultades de control, puede ser más dudosa la aplicación del nuevo artículo 1056. El caso puede darse con frecuencia en las sucesiones de accionistas o partícipes pertenecientes a la segunda generación o a generaciones posteriores, que ya no detentan por sí solos mayorías sociales de control. En estos casos puede resultar dudosa la utilización de la facultad particional del artículo 1056. Pero no así la de los artículos 841 y siguientes, que, pese a sus inconvenientes, permite al testador la adjudicación de todos los bienes hereditarios o de parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, satisfaciendo en metálico (incluso extrahereditario) la porción hereditaria del resto de los legítimarios.

Es interesante la afirmación de GARCÍA-BERNARDO LANDETA⁴⁰ por y para la legítima se han construido instituciones como la mejora, la preterición, la desheredación, la inoficiosidad, la computación y la imputación, que está desplazando a la colación. Añadiendo⁴¹ que la satisfacción de las legítimas no se hace en virtud de un tercer género sucesorio, sino por vía de la sucesión testamentaria o abintestato o por donación del causante reconocida o imputada en su testamento y, además, en bienes gerenciales como se desprende de los artículos 806 y sigs. del Código Civil, que la miden o determinan por el haber líquido de la herencia sumadas, en su caso, las donaciones hechas por el causante y por eso se las califica de *pars bonorum*; sin embargo, por razón de otro interés, como en los supuestos de los artículos 841 y sigs. y 1056 párr. 2, aquellos vigentes desde la reforma de la Ley 11 de 13 de mayo de 1981 y este tanto antes como después de su reforma por la disposición final primera de la Ley 7 de 1 de abril del 2003, puede pagarse con dinero extrahereditario, la legítima o legítimas o la parte de ellas, pero siempre del propio beneficiario, compensándose como una especie de compraventa entre los afectados y en este caso se puede calificar a la legítima de *pars valoris bonorum*, que se satisfacen mediante legados de cosa ajena propia del heredero, quien al aceptar la herencia deberá entregar el legado, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 863 y párr. 2º del 1056.

Se ha estudiado mucho sobre la naturaleza de la legítima⁴², en general, se puede afirmar que la legítima en nuestro del Código Civil es *pars bonorum*, es decir, se atribuye al legítimo una cuota de bienes o una parte alícuota de la herencia, con lo que devienen cotitulares de la misma, juntamente con los herederos del causante. El causante puede satisfacer la legítima por cualquier título y con cualquier bien. Se trata de decidir si este artículo 1056.2 altera la naturaleza de la legítima puesto que al hacer uso de la facultad atribuida en dicho precepto, el pago se realizará en metálico.

FERNÁNDEZ TRESGUERRES⁴³ afirma que con la reforma de 2003 desaparece la referencia a la sociedad familiar, que hubiera sido un indicio de la limitación de los beneficiarios, con esta nueva redacción ha de entenderse que el testador puede evitar la *pars bonorum* en cualquier disposición testamentaria que persiga la conservación de la empresa o el interés de su familia. Estos son

parámetros bastante amplios y subjetivos como para evitar su fiscalización si bien deberán ser adecuadamente casualizados en testamento.

Desglosaré el estudio de este artículo para la comprensión de la finalidad perseguida.

1. ASPECTO SUBJETIVO

El sujeto activo que goza de la facultad del artículo 1056.2.^º es el testador que hace la partición, el testador-partidor.

En este sentido hay que destacar la sentencia de 7 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998, 6395) al determinar que no toda disposición realizada por el testador en relación con la distribución de los bienes integrantes de su patrimonio hereditario puede considerarse como partición hecha por el testador. Para delimitar la cuestión existe una regla de oro, consistente en que la determinación de una verdadera partición se dará cuando el testador ha distribuido sus bienes practicando todas las operaciones —inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes objeto de las adjudicaciones correspondientes— pero cuando, así no ocurre, surge la figura de las denominadas doctrinalmente normas para la partición, a través de las cuales, el testador se limita a expresar su voluntad para que en el momento de la partición, determinados bienes se adjudiquen en pago de su haber a los herederos que mencione.

Más específicamente puede hablarse de la existencia de tres grupos de personas: 1. Las que ostentan la legitimación activa de las facultades concedidas por el artículo 1056.2; 2. Las que pueden ser beneficiarias del ejercicio de esas facultades; y 3. Las personas cuyo derecho no puede ser vulnerado por ese ejercicio.

Respecto del primer grupo de personas, tras la reforma ha desaparecido el término *padre* que ha sido sustituido por el de *testador*, con lo que evidentemente se amplía el supuesto y se acoge lo que constitúa el sentir mayoritario de la doctrina que interpretaba el precepto. Se podría llamar:

ORDENANTE. Esta facultad la tiene, como he expuesto el padre y cualquier ordenante. Se exige capacidad para testar conforme al artículo 662 del Código Civil. Esta facultad se podrá utilizar por vía testamentaria, como se expresa en el artículo 1056 o bien se puede hacer en documento intervivos necesitando un testamento no contradictorio anterior o posterior.

La partición hecha por el testador corresponde a la mentalidad del legislador que, para proveer necesidades familiares, ventajas prácticas y anhelos muy legítimos, admite la posibilidad de que se realice por sí mismo la distribución y partición de sus bienes entre sus coherederos, lo cual proviene del Derecho romano, se reconoce en el Derecho histórico de Castilla y se mantiene en el Derecho moderno; así lo expresaba la sentencia de 6 de marzo de 1945⁴⁴, destaca que implica siempre un acto de última voluntad, que debe ser respetada,

como voluntad soberana del testador, produciendo el efecto, como dicen las sentencias de 21 de julio de 1986 y 21 de diciembre de 1998⁴⁵, de conferir a cada heredero la propiedad de los bienes que le hayan sido adjudicados. Cuya partición hecha por el testador no extingue la comunidad hereditaria sino que la evita, ya que no llega a formarse.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES⁴⁶ de la dicción del artículo 1056.2 deduce que el cónyuge delegatario puede hacer uso de esta facultad para asignar a uno de los sucesores la explotación económica o paquete significativo de la empresa, con los límites previstos en dicho precepto. Esta posibilidad ya defendida, en su día por VALLET, resulta ahora confirmada por la posibilidad de atribuir a un ejecutor —el contador-partidor— la facultad de pago de las legítimas en el 1056 así como por la especificación de posibilidades que al testador y al delegatario le atribuyen tanto el 1056 del Código Civil como el 831 del Código Civil.

En cuanto al segundo grupo, quién puede ser el BENEFICIARIO, se ha visto ampliado con la reforma del término *padre*, ya que este término utilizado por el precepto limitaba tanto el sujeto activo como el pasivo al exigir esa relación parental en ambas partes.

Beneficiario de la disposición puede ser cualquiera, no solo un descendiente, puede ser un extraño en cuanto persigue una finalidad económica. Y puede realizarse a título de heredero, legatario o prelegatario. Puede ser el beneficiario persona individual o varias, admitiendo la sujeción a término o plazo, modo o condición.

Se podría completar esta referencia diciendo que destinatarios de la voluntad del testador que hace uso de la facultad particonal del artículo 1056.2 lo son el adjudicatario de la explotación económica o de los títulos o cuotas de la sociedad de capital pertenecientes al causante y los herederos forzosos que reciben su legítima en metálico. Adjudicatario de la empresa, individual o social, puede ser cualquier persona, sea o no uno de los legitimarios. En el régimen legal anterior solo podía usarse de esta facultad particonal a favor de los hijos y, como mucho, de los nietos (el precepto se refería al padre, no al testador, como hace actualmente). Si existen hijos es difícil pensar que el testador decida atribuir la empresa a un extraño y, desde luego, esa decisión no puede ampararse en el interés de la familia. Pero aun así, si la motivación consiste en el mantenimiento de la unidad de la empresa es posible que el padre, amparado en el artículo 1056.2, la atribuya a un extraño y ordene que las legítimas de sus hijos sean satisfechas en dinero efectivo.

El caso más frecuente será el del testamento por el cual el padre adjudica la empresa familiar (o sus acciones o participaciones) a uno solo de los hijos y que este pague su legítima en metálico al resto de sus hermanos e, incluso, al cónyuge viudo, ordenando en este caso la capitalización del usufructo viudal. Lo normal será que el testador instituya heredero universal al hijo destinatario de la titularidad de la empresa y que por vía de legado atribuya al resto su legítima.

En relación al tercer grupo de personas cuyo derecho no puede ser vulnerado, INTERESADOS⁴⁷, el texto modificado ya no se refiere a los demás hijos, sino a los demás interesados, por lo que también este grupo de personas se ha visto ampliado. Los *demás interesados* a quienes ha de pagarse su legítima serían cualquiera de los legitimarios a que se refiere el artículo 807 del Código Civil; esto es, a los demás descendientes a quienes no se le ha asignado la explotación, al ascendiente o ascendientes que, siendo legitimarios, mantengan su derecho sobre el patrimonio hereditario y también el cónyuge viudo. Respecto al cónyuge viudo, entiendo que este artículo 1056 es una norma preferente al artículo 839 del Código Civil, de manera que los herederos no podrán commutar la legítima del viudo. Aunque hay corrientes dispares en la doctrina.

2. ASPECTO OBJETIVO

El elemento objetivo estaba constituido antes de la reforma por la *explotación agrícola*⁴⁸, *industrial o fabril*, mientras que el texto actual habla de *explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas*. Una vez más, la reforma recoge lo que ya en su día había dicho la doctrina a favor de la amplia interpretación del precepto, considerándolo extensible a cualquier explotación. TORRES GARCÍA⁴⁹ entiende que el objeto de la explotación es enumerativo y no exhaustivo ya que cuando se quiere excluir se hace expresamente, así el RD de 9 de febrero de 2007 lo hace respecto de las sociedades anónimas cotizadas.

El objeto de la atribución particional lo ha de constituir «una explotación económica o un paquete de acciones o participaciones» que atribuyan el control de «una sociedad de capital o grupo de estas». El legislador ha utilizado con toda intención una expresión tan vaga e indeterminada como «explotación económica» con objeto de evitar interpretaciones restrictivas o excluyentes.

Se sustituyen los términos anteriores de «explotación agrícola, industrial o fabril», por la idea genérica de una actividad y un patrimonio aplicados a la obtención de un beneficio económico. Caben en este amplio marco las explotaciones agrícolas, industriales, comerciales y de servicios, incluso las actividades profesionales a las que se hallen vinculados elementos patrimoniales necesarios y útiles para su desarrollo.

Se puede pensar en una farmacia, un estudio arquitectónico o un despacho de abogado, siempre, claro está, que el adjudicatario reúna los atributos personales necesarios para su continuidad o «preservación» (por ejemplo, la titulación académica adecuada). Explotación económica es pues un concepto que engloba en sí a la empresa individual propiamente dicha, pero que va más allá, porque incluye también otro tipo de actividades económicas que no son estrictamente empresariales.

El objeto de la facultad particional del artículo 1056, párrafo segundo, puede ser también un conjunto de acciones o participaciones de una sociedad de capital, anónima o limitada, que confiere el control de la sociedad o de un grupo de sociedades. La finalidad de la norma es evidente: se trata de facilitar la continuidad y unidad de la empresa familiar, no solo individual, sino también cuando esta se halle estructurada como sociedad mercantil aislada o en grupo. La referencia a sociedades de capital no debe ser entendida como excluyente. Aunque no sea habitual, una empresa familiar puede revestir la forma de sociedad colectiva o comanditaria simple o por acciones.

Y también en este caso (siempre que la sociedad no se extinga por muerte del socio colectivo) el testador podrá atribuir las cuotas sociales a uno solo de los herederos usando la facultad particional del artículo 1056, solución a la que se puede llegar tanto por interpretación extensiva o análoga de los términos «sociedad de capital», como por el hecho de que bajo la forma societaria colectiva o comanditaria existirá siempre una «explotación económica» en sentido amplio.

Puede resultar llamativa la amplitud de la norma, en cuanto atribuye al testador la facultad de atribución a un heredero y el correlativo pago en metálico de las legítimas a los demás herederos forzosos, con el único requisito de que el paquete de acciones o participaciones permita mantener el control de la sociedad. No se hace referencia alguna al objeto de la sociedad ni se requiere que su actividad tenga carácter empresarial.

Y como resulta que una sociedad anónima o limitada no tiene por qué tener un objeto mercantil o empresarial, el precepto del artículo 1056.2 resulta de aplicación para cualquier testador titular de una cantidad de acciones suficiente para conferir el control de la sociedad. Me estoy refiriendo, por supuesto, a las sociedades patrimoniales o de mera tenencia de bienes. Puede que la literalidad de la norma haya ido más lejos de lo realmente querido por el legislador, pero en los términos en los que está planteada es totalmente posible que el testador cuyo único patrimonio está constituido por el 100 por 100 de una sociedad limitada, la cual a su vez no desarrolla ninguna otra actividad que la de ser titular del domicilio familiar y tal vez de la residencia de vacaciones y de un automóvil, pueda atribuir vía artículo 1056.2, la totalidad de tales participaciones con la obligación de pagar en metálico su legítima a los demás hijos, con aplazamiento de cinco años y sin la garantía de la confirmación de la participación por todos los hijos o, en su defecto, por el juez. Tal vez habría sido más realista suprimir los requisitos de los artículos 841 y siguientes para el pago de legítimas en metálico en casos generales y extender su posibilidad a todo testador, sea o no titular de una explotación, ya se trate de una sociedad, ya de bienes de otra naturaleza. Porque, 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.

Ya no se trata de conservar la unidad de la empresa en interés de la familia. Ahora el testador puede atribuir la empresa o las acciones o participaciones a un único adjudicatario, bien lo haga en interés de la familia, bien para asegurar la conservación de la empresa.

Por explotación económica entiende FERNÁNDEZ TRESGÜERRES⁵⁰ cualquier actividad que ordene medios para la producción de lucro, como la actividad arrendadora del causante, de pisos o locales, como persona física.

La desaparición de la referencia al objeto agrícola, industrial o fabril de la explotación, lleva a la consideración de que el interés familiar, como cuestión de hecho de difícil valoración, permite el pago privilegiado de la legítima que este precepto prevé en sociedades no productivas, incluso meramente patrimoniales, reproduciéndose la problemática del Fuero de Ayala.

El bien objeto de protección es una empresa, la nota mercantilista, social y económica se adentra en la esfera individual. Es claro que la continuidad de la empresa afecta al aspecto individual-familiar, pero dado que hay trabajadores, la sociedad se preocupa de ello y por eso se amplia a «explotación económica, control de una sociedad de capital o grupo de estas». La práctica señala que la generalidad de la actividad empresarial se realiza mediante sociedades mercantiles, por lo que es adecuado abrir el elenco desde el empresario individual al social.

En este artículo 1056.2 se manifiestan los principios básicos que inspiran el momento del cambio de la titularidad empresarial: unidad —quiere preservar indivisa una explotación—, continuidad y conservación. Principios que como manifiesta PALAZÓN GARRIDO⁵¹ constituyen el punto de vista que el legislador civil tiene sobre la empresa.

Un tema importante es saber si esta explotación o sociedad es un bien privativo o por el contrario es ganancial⁵² ya que en este caso la situación cambia siendo precisa la participación del cónyuge afectado. La jurisprudencia en este aspecto es interesante, la sentencia de 21 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998, 9756). estima válida la partición de bienes gananciales efectuada por los testadores mediante testamentos iguales y simultáneos. En STS de 1 de julio de 1996 (*RJ* 1996, 5549) se contempla un caso de explotación de negocio propiedad de la comunidad conyugal transmitida, en virtud de testamento mancomunado del cónyuge causante. La STS de 28 de septiembre de 2006 (*RJ* 2006, 6517). es interesante en cuanto que al padre se le había otorgado la concesión administrativa a título particular en la explotación familiar agraria, siendo bien privativo no ganancial, así lo indica el Fd. Dch. 3º: *«el recurrente comete de nuevo error de considerar que en la herencia de su madre, fallecida en 1980, han de incluirse sus derechos sobre la concesión administrativa otorgada por el desaparecido Instituto Nacional de Colonización, cuando es claro, según se razonó en su momento, que la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973 no permitía la transmisión mortis causa de la misma, concedida exclusivamente a su esposo. En consecuencia en la división de la sociedad de gananciales por fallecimiento de su madre no puede*

pretenderse que figure como parte de su activo derechos sobre la concesión ni sobre su valor, que es bien privativo del padre, que le sobrevivió».

Por su parte la sentencia de 15 de junio de 2006 (*RJ* 2006, 3538), declara nula la partición efectuada por el testador incluyendo bienes gananciales sin proceder a la liquidación previa de esta sociedad legal y sin intervención del otro cónyuge. Es necesario que los bienes distribuidos en una partición testamentaria sean propios del causante, hacerlo, mezclando bienes privativos y gananciales no es otra cosa que incluir bienes ajenos al patrimonio del causante.

En la sentencia de 7 de septiembre de 1998 (*RJ* 1998, 6395), se dice «*hablar de la totalidad de los bienes gananciales como caudal relicto objeto de partición hereditaria, es una posición totalmente improcedente, desde el instante mismo que el objeto de una partición hereditaria solo puede recaer sobre bienes de la exclusiva propiedad del testador, y la otra mitad de los bienes gananciales no lo son».* De ahí la necesidad de relacionar este artículo 1056 y el 659 del mismo cuerpo legal (limitando la sucesión de una persona a sus bienes, derechos y obligaciones), con el artículo 1379 del Código Civil, que permite a cada uno de los cónyuges disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales.

Me parece interesante citar la nueva Ley 35/2011 de 4 de octubre sobre titularidad compartida de las explotaciones agrarias ya que la titularidad compartida de una explotación como unidad económica no altera el régimen jurídico de los bienes que conforman el régimen jurídico-matrimonial, que implica la administración compartida de la explotación y el reparto al 50% de los rendimientos generados entre ambos cónyuges⁵³.

En cumplimiento de su artículo 7 se dicta la Orden AAA/1408/2012, de 26 de junio, por la que se regula el Registro de explotaciones agrarias de titularidad compartida.

3. ASPECTO FINALISTA O INTENCIONAL

Si la empresa es productiva y constituye la base económica de la vida familiar, es natural que el empresario testador quiera adoptar las medidas necesarias para su conservación⁵⁴.

¿Qué significa la expresión «en atención a la conservación de la empresa o en interés de la familia»? Siguiendo a TORRES GARCÍA⁵⁵ se encuentran opiniones doctrinales que avalan distintas consideraciones pero no considero imprescindible el que la disposición testamentaria tenga que encontrar su fundamento, más que en esa simple voluntad del testador. Así nos indica expresamente⁵⁶ que «en todo caso podrá someterse al arbitrio judicial la valoración de la existencia o no de los presupuestos de la norma que encadena estas consecuencias pero no obstante la no exigencia como indispensable del interés de la familia no es óbice para excluir, a diferencia de cómo se ha postulado por parte de un sector doctrinal la aplicación de la medida prevista en dicho precepto a favor de extraños.

Siguiendo a RUEDA⁵⁷ en primer lugar, hay que indicar que antes de la reforma había un solo requisito justificante, que era el interés familiar o móvil que impulsaba al padre a atribuir la empresa a uno de sus descendientes.

La conservación de la empresa (a diferencia del interés familiar) es algo tan subjetivo como que sencillamente lo deseé el testador. Al existir la conjunción «o» y si se concilia el deseo de conservar la empresa con el de mantenerla indivisa, aunque no haya interés familiar, es evidente que se podría utilizar la facultad del 1056.2, luego el criterio es subjetivo.

Ni antes ni con la nueva redacción define el legislador qué es el interés familiar.

Con CÁMARA, consideraremos que el interés familiar es el deseo del testador de que la explotación se mantenga dentro de la familia, evitando la división.

Con que concurra uno de los dos requisitos es suficiente. Pero es que, además, se puede estimar que el interés familiar ya no es solo la necesidad de conservación de la empresa, sino otra cosa, pues de otra forma el legislador no habría presentado dos alternativas.

La trascendencia del carácter objetivo del requisito lo es en función de la necesidad de impugnación por los no adjudicatarios. Así, pues, intentaremos deducir su naturaleza.

— *Interés familiar*: Establecido que el interés familiar no es ninguno de los demás mencionados en el Código Civil (67, 70, 82.4, 103.2 y 1389), ni puede ser el que define DÍEZ-PICAZO (interés en la conservación de la empresa), porque es otro requisito alternativo diferente, solo nos queda el de CÁMARA: «deseo del testador de que la explotación se mantenga dentro de la familia».

— *Conservación de la empresa*: En cuanto a la conservación de la empresa, nos encontramos ante similar problema. Qué es lo mejor para la conservación de la empresa es algo tan subjetivo como que simplemente lo deseé el testador.

Según HUERTA⁵⁸ el testador que use de la facultad atributiva del artículo 1056.2 ha de hacerlo «en atención a la conservación de la empresa o en interés de la familia». Nuevamente se observa aquí una diferencia, no solo de matiz, con la anterior redacción de la norma, la cual se refería al padre que «en interés de la familia quiera conservar indivisa una explotación». Ya no se trata de conservar la unidad de la empresa en interés de la familia. Ahora el testador puede atribuir la empresa o las acciones o participaciones a un único adjudicatario, bien lo haga en interés de la familia, bien para asegurar la conservación de la empresa. El interés de la familia, como finalidad perseguida por el testador, ha de presumirse con carácter *iuris tantum* y, aunque cabe prueba en contrario (STS de 19 de mayo de 1951), tal prueba será prácticamente imposible, dada la subjetividad intrínseca de la idea de aquello que pueda ser beneficioso para el interés familiar.

La conservación de la empresa es la otra finalidad justificante de la facultad particional, que se establece en la norma con carácter alternativo al interés de

la familia, no de forma acumulativa. En este caso la finalidad perseguida por el testador, la motivación práctica que justifica su disposición particional, es la conservación de la empresa, si bien tal conservación no es necesario que se vincule a la familia. No se exige que la empresa se conserve en el ámbito familiar, sino simplemente que se conserve, que no se disgregue ni se extinga. Tampoco aparece expresamente establecido como requisito que se conserve la unidad en la titularidad de la empresa, si bien este parece ser el espíritu de la norma, sobre todo si se conecta con el propósito de «preservar indivisa una explotación económica» a que alude el propio artículo 1056. Por lo demás, continúa vigente la doctrina anterior en el sentido de que la voluntad del testador de que se conserve indivisa la explotación o de mantener el control de la sociedad no necesita más fundamento que esa simple voluntad.

Por otra parte, el mantenimiento del control de una sociedad de capital o grupo de estas supondrá normalmente ostentar la mayoría del capital social o, al menos, un número tal de acciones o participaciones que atribuyan mayoría absoluta de voto. Pero esto, aunque normal, no es un requisito legal. La mayoría de control es una cuestión de hecho que no siempre se identifica con la mayoría absoluta. Existen muchas sociedades de cierta dimensión que son controladas *de facto* con mayorías que no exceden del 5 por 100 del capital social.

En este sentido, puede resultar conveniente que el empresario-testador adopte en su testamento previsiones acerca de la administración o gestión de la empresa individual mientras perdure la comunidad hereditaria, esto es, desde que fallece hasta que la partición extingue la comunidad. Es conveniente, que se adopten previsiones, singularmente sobre el derecho de voto en la sociedad familiar durante el periodo que media entre su fallecimiento y la partición.

En cualquier caso, la referencia a la finalidad de control hace pensar a ES-PEJO⁵⁹ que la finalidad específica que justifica en este caso la partición es el mantenimiento del control en las mismas manos de una sociedad de este tipo y se pregunta si esta última finalidad se debe conjugar o no con la necesidad de la adjudicación para la conservación de la empresa, es decir, si deben exigirse ambas finalidades cumulativamente o basta que se pretenda el mantenimiento del control en la sociedad, sea cual sea el objeto de esta, empresarial o no. La respuesta a esta duda es importante, porque de no exigirse la doble finalidad, la nueva norma dejaría en manos del causante la aplicación del pago en metálico a cualesquiera casos, pues bastaría con la aportación de todos sus bienes a una sociedad para justificar la aplicación de las específicas consecuencias del precepto. Añadiendo que de ser así, se perdería la primitiva justificación de la norma, que hoy se sigue proclamando que es el interés de la familia que estriba en el mantenimiento del control de una explotación empresarial, es más esta posibilidad de atribuir los bienes del causante a un solo legitimario no contradice nuestro sistema legitimario, pues estaba generalizado con la introducción de los artículos 841 y sigs.

4. ASPECTO TEMPORAL

La nueva redacción del precepto, como la anterior, no establece limitación alguna temporal para el beneficiario. Nada impediría que al día siguiente de la adjudicación enajenare a un tercero o varios los bienes recibidos total o parcialmente. Falta por tanto una norma similar a la establecida en la legislación fiscal que impone el mantenimiento durante diez años para obtener la bonificación del 95 por ciento del impuesto.

El testador, asimismo, tiene la facultad de fijar un plazo de hasta 5 años desde su fallecimiento para dicho pago. Plazo criticado por ESPEJO al entender que es un plazo muy amplio⁶⁰. Es una novedad comparándolo con la redacción anterior⁶¹, pero solo cuando se haga en efectivo extrahereditario a los demás legitimarios. Se permite aplazar el pago en metálico de las legítimas pero esta facultad tiene que ser atribuida «por el testador o por el contador-partidor por él designado». Si el testador no ha previsto el aplazamiento, lo cual no se presume, el heredero adjudicatario de la explotación ha de abonar las legítimas en el momento mismo en que se determine su importe, según una interpretación literal de este precepto. A mi modo de ver, creo que se respeta igualmente la voluntad del testador con independencia de que se produzca o no el aplazamiento y pienso que con una interpretación más armónica y lógica la voluntad del testador es la conservación íntegra y si en la herencia no hay efectivo dinerario se debe favorecer al destinatario que pueda conservar la empresa, pensemos en el testamento otorgado en un tiempo en que la empresa valga poco y si tenga caudal económico el testador para hacer frente al pago, pero pasan unos años, muere el testador y en ese momento la empresa ha crecido mucho y el favorecido debe pagar más de lo que el testador pensó al hacer el testamento, de tal manera que no puede hacer frente al pago de la legítima. Verdaderamente supondría un perjuicio que no se había pensado inicialmente. La labor del notario será aconsejar y advertir que su deseo de conservación de la empresa puede verse trastocado de no prever los distintos avatares que surgen en la marcha empresarial de cualquier empresa o sociedad.

Está claro que como medida excepcional de conservación de la empresa es el testador el que decide y altera la normas sucesorias, pero desde el momento en que se permite y respeta esta voluntad creo que debe primar a la forma en que se haga, es decir, la conservación indivisa interesa a la marcha de la empresa, es un bien económico y social derivado de un interés particular (testador-propietario total o en gran parte de la explotación), si expresamente el testador o contador por él designado puede acudir a las reglas generales de extinción de las obligaciones, parece absurdo que no pueda el beneficiario acudir también a estas opciones, pues el del Código Civil expresamente dispone que si «no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su

legítima en bienes de la herencia», lo cual indica que es facultad personal del testador, pero no entiendo que se permita designar a una persona beneficiaria solo para recibir la empresa y no tenga facultades para pagar como estime conveniente a los demás legitimarios. Este tema se conectaría con la naturaleza de la legítima⁶². Si bien, para FERNÁNDEZ TRESGUERRES⁶³ el legitimario sigue teniendo la misma posición que en la redacción originaria del Código Civil: el dinero en que se ha de pagar la legítima es una valoración en metálico de la *pars bonorum* que como legitimario le corresponde, sin que sean en ningún caso de aplicación los artículos 841 y sigs. cuya remisión parcial en el precepto es equivocada. En su opinión, la posición del legitimario en el artículo 1056 equivale a la que posee en los artículos 821 y 829 del Código Civil por lo que realmente, la derogación del *quales* legitimario se refiere básicamente a la igualdad en las adjudicaciones previsto en el artículo 1062, que el testador puede por sí mismo derogar, defendiendo esta postura tras analizar las acciones que tiene el legitimario en defensa de sus derechos.

Así, siguiendo a LACALLE⁶⁴ cuando el testador dispone y distribuye en pago las legítimas, haciendo la partición total o parcial de los bienes, podrá establecer reglas particulares o especiales para hacer la partición con libertad distributiva, respetando la intangibilidad cuantitativa de la legítima pero no la cualitativa, como destaca, entre otras, la STS de 28 de junio de 1961, al declarar que el artículo 1056 del Código Civil faculta al testador para producirse en la partición que efectúe con una amplia libertad, no solo en la composición cualitativa de los lotes, sin sujeción a los artículos 1061 y 1062, sino también en la distribución valorativa al admitir como único medio de impugnación la acción por lesión en más de la cuarta parte.

La legítima es derecho de crédito (de valor), de naturaleza dineraria, si bien, mientras no se haya concretado la forma de pago se mantiene el derecho del legitimario sobre los bienes de la herencia sin mayor garantía, a salvo las ordenadas por el testador. La única condición exigida para la mutación de la naturaleza de la legítima desde la *pars bonorum* a la *pars valoris bonorum*, es que se establezca la forma de pago.

LACALLE⁶⁵ con carácter general entiende la legítima como *pars bonorum*, es decir, como cuota o parte alícuota de la herencia y no como *pars hereditatis*, ni *pars valoris bonorum*. Ahora bien siguiendo al TS parece que se trata de *pars hereditatis*, ya que el legitimario es cotitular de todos los bienes hereditarios en tanto no se practique la partición de la herencia, en la que ha de respetarse cualitativa y cuantitativamente la legítima a cuyo pago quedan afectos todos los bienes relictos⁶⁶.

Por otro lado, en los casos de impago y siempre que transcurra el plazo de cinco años los preceptores del metálico sea este herencial o extrahereditario pueden pedir la efectividad del derecho legitimario en bienes hereditarios (*pars bonorum*) si bien aplicada a la legítima estricta.

Según la RDGRN de 25 de febrero de 2008⁶⁷: «La legítima en nuestro Derecho común (a diferencia de otros ordenamientos jurídicos nacionales, como el catalán) se configura generalmente como una *pars bonorum* o parte de los bienes relictos que por cualquier título debe recibir el legitimario, sin perjuicio de que en ciertos supuestos reciba su valor económico o *pars valoris bonorum*. Por ello debe intervenir el legitimario en la partición, tanto en el inventario como en el avalúo y en el cálculo de la legítima, operaciones todas en las que el legitimario está interesado para preservar la intangibilidad de su legítima».

Parecida, la Resolución de 1 de marzo de 2006 (*RJ* 2006, 3919): «La legítima en el Código Civil es *pars bonorum*, debiendo intervenir el legitimario o sus causahabientes en la partición, dado que tanto el inventario de bienes, como el avalúo y el cálculo de la legítima, son operaciones en las que ha de estar interesado el legitimario, para preservar la intangibilidad de su legítima».

5. PAGO DE LA LEGÍTIMA

Este artículo permite, como ya he dicho, el pago en metálico⁶⁸. Permitiendo abono con efectivo extrahereditario⁶⁹. Si bien los términos «metálico» y «efectivo» parecen sinónimos. Da a entender que el beneficiario puede pagar en dinero aplicando las normas del pago de nuestro Código Civil, pero por otro lado se alude a «cualquier otro medio de extinción de las obligaciones», ampliéndose en este caso a supuestos como dación, perdón, compensación... requiriéndose el consentimiento del legitimario, salvo que el testador lo hubiera previsto. Yo creo que no se pueden aplicar todos los medios de extinción recogidos en el artículo 1156⁷⁰ y ampliados por nuestra doctrina (muerte, prescripción...)⁷¹.

En opinión de HUERTA⁷² el pago de la legítima con dinero no hereditario puede ser suplido por la aplicación de «cualquier otro medio de extinción de las obligaciones», según dispone el artículo 1056.2. Las formas de extinción de las obligaciones aparecen enumeradas en el artículo 1156 del Código Civil: pago, pérdida de la cosa debida, condonación de la deuda, confusión de derechos, compensación y novación. En relación con la obligación de pago de legítimas no será nunca posible su extinción por pérdida, ya que el dinero es cosa genérica; la condonación no es trasladable al ámbito sucesorio, en el cual lo que cabe, en rigor, no es la dispensa del cumplimiento sino la repudiación; la confusión de derechos entre el heredero obligado y el legitimario puede llegar a producirse en algún caso, por ejemplo si este fallece antes de cobrar en metálico su legítima y le sucede como único heredero el obligado al pago. Los supuestos más factibles son la compensación y la novación. Por compensación podrá extinguirse la obligación de pago en metálico de legítima por razón de deudas del legitimario frente al heredero adjudicatario de la empresa, siempre que concurren los requisitos del artículo 1196 del Código Civil.

La novación puede suponer la extinción de la obligación y el nacimiento de otra nueva, o bien una simple modificación de sus elementos manteniéndose la identidad del vínculo obligatorio, según se trate de novación extintiva o modificativa. Respecto del pago o cumplimiento propiamente dicho, se hará en dinero, que es la especie ordenada por el testador. No obstante, una vez determinado el importe de la deuda en dinero, no existe ningún obstáculo para que aquel pueda hacerse efectivo mediante la cesión de otros bienes propios del heredero, para lo cual se requiere, entre otras exigencias, el consentimiento del legitimario acreedor.

Numerosos interrogantes plantea también la remisión a otras formas de extinción de la obligación que realiza el precepto en cuanto no es fácil aplicar el 1156 del Código Civil al pago de una obligación legitimaria. Debe entenderse que el favorecido con la designación es el obligado al pago y que serán acreedores los demás interesados.

Surgen interesantes problemas de la calificación obligacional del pago de la legítima en relación con la forma de extinguir la obligación.

El favorecido con la designación testamentaria es el obligado al pago y serán acreedores los demás interesados o legitimarios. En el caso de ser varios los favorecidos, la obligación sería solidaria por aplicación del artículo 1084 del Código Civil⁷³, puesto que la partición está hecha ya por el testador, en contra del criterio general de la mancomunidad de las obligaciones del artículo 1137 del Código Civil⁷⁴. Será pues de aplicación el artículo 1143 del Código Civil⁷⁵.

En cualquier caso, son muchos los problemas de calificación obligacional del pago de la legítima en relación a la forma de extinguir la obligación. Habría que ir viendo caso por caso para ver si tiene aplicación en el caso concreto.

Otra cuestión interesante es ¿por qué título el adjudicatario debe recibir los bienes? ¿sobre qué bienes se pueden satisfacer los derechos legitimarios tanto del beneficiario de la atribución empresarial como de los demás interesados? Dependerá de la disposición ordenada por el testador y de si hay o no más bienes hereditarios. La referencia a «cualquier legitimario» hace pensar en dos o más legitimarios. Igualmente parece partir de que el objeto de la transmisión es la explotación económica o el paquete de acciones a favor del adjudicatario y los derechos legitimarios de los demás interesados deben ser satisfechos en metálico. Esto nos lleva a pensar que el adjudicatario es heredero frente a posibles colegitimarios sucesores a título particular cuya designación puede ser como legatarios de cantidad o como legado alternativo o como legado de cosa del gravado. ¿Será siempre el adjudicatario un verdadero heredero? ¿la herencia puede entenderse repartida en legados? ¿quién asume las posibles deudas de la empresa? ¿en qué momento se valora la empresa o paquete de acciones? Una de las cuestiones más relevantes en la designación del sucesor en la empresa familiar con pago en dinero a los demás interesados, es el momento en que se hará la valoración de la empresa. En este sentido, parece difícil que el testador

pueda valorar la empresa en su testamento ya que, al ser esta un objeto dinámico, su valor dependerá del momento que concretamente se considere.

Este asunto ha dado lugar a largos comentarios en la doctrina. En la actualidad parece posible entender que la valoración de la empresa se hará en todo caso con referencia al momento de la muerte del testador, a fin de poder considerar cuales de las donaciones que este hubiera hecho en vida deben considerarse inoficiosas y, en su caso, reducirlas. Con este procedimiento se fijaría la cuota que corresponde a cada legitimario en el activo hereditario. No obstante, si existe un lapso de tiempo entre el fallecimiento y la liquidación de la porción que corresponde abonar al legitimario, la mayoría de la doctrina entiende que el valor así obtenido debe reajustarse con los cambios de valor producidos hasta este último momento, a fin de evitar perjuicios a los interesados. De esta manera, en la práctica sería el valor del patrimonio en el momento de la liquidación el que se tendría en cuenta para conocer lo que debe abonarse concretamente al legitimario. La intervención del empresario en la redacción del testamento puede ser también determinante en este punto para evitar conflictos entre los sucesores, ya que en su testamento puede incluir concretos criterios de valoración o reglas específicas aplicables al caso o, incluso, designar la concreta empresa de tasación que deberá hacer la valoración de la sociedad.

Este artículo 1056 se refiere a la forma de pago precisando que «si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia». Según ESPEJO⁶ faltan aquí elementos para interpretar adecuadamente este inciso, pues no se determina en él, quién, cuándo y dónde se debe establecer la forma de pago. La omisión de una previsión sobre el modo de pago debe entenderse como exigencia de un pago inmediato. Es más, la posibilidad de que cualquier legitimario solicite la realización de una partición normal en la que se adjudiquen a cada legitimario bienes concretos de la herencia, dependería solamente del impago de la legítima en metálico, y no —como equivocadamente dice la norma— de la falta de previsión sobre el modo de hacer el pago.

RUEDA⁷ al hablar del pago en metálico entiende que es la forma natural de pago, el precepto lo sitúa en primer lugar: «... disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados...». Añadiendo que si hay metálico, no entra en juego el artículo 1056.2, sino el artículo 1056.1 y, por lo tanto, no es aplicable el plazo de los cinco años —que se reserva para el segundo párrafo, de dinero extrahereditario u otros medios de extinción de las obligaciones. Con el pago de dinero extrahereditario y aplazamiento, se consigue que el adjudicatario se financie el metálico de las legítimas con la misma explotación —sus rendimientos—, sin tener que depender de la financiación externa. Esto facilita la sucesión en la empresa.

En la jurisprudencia podemos encontrar alguna sentencia relevante como la de 9 de diciembre de 2010 (*RJ* 2011, 1415). Trata sobre un legado de un

único bien inmueble en la herencia, con obligación de compensar en metálico a los demás legitimarios, a quienes se otorga únicamente la legítima estricta. A este punto se refiere su FD 6.: «*La cuestión más importante en este recurso es, precisamente, la interpretación de la voluntad de la testadora. La situación que deriva del testamento de la causante D.^a Leonor es la que sigue: unos legitimarios, tres de los hijos, resultan favorecidos con el legado de la única finca existente en la herencia, al parecer, el único bien de la testadora y son obligados a pagar a los demás legitimarios su legítima estricta en dinero. La problemática se plantea en el litigio sobre la base de la corrección o incorrección de la partición efectuada por el contador-partidor, dadas las expectativas de valor que afectan a la finca objeto del legado*⁷⁸.

Otro problema que tiene que ver con el plazo es si hay que pagar intereses por ese aplazamiento. Podemos ver distintas opiniones HUERTA⁷⁹ mantiene que nada establece la ley en materia de intereses por razón del aplazamiento, el testador y el contador-partidor pueden establecer la existencia de intereses, pero si no se establece la existencia de intereses, la cantidad adeudada en concepto de legítima no devengará ninguno. Igualmente considera que no es aplicable lo dispuesto en el artículo 847 del Código Civil, que para el supuesto del artículo 841 establece que el crédito metálico devengará el interés legal desde la liquidación. Fundamentalmente porque el artículo 1056.2 no contiene ninguna previsión en este sentido ni remite al 847; además, porque el régimen legal del artículo 1056 obedece a una motivación específica, de la que carece el sistema más general del artículo 841, 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.

En mi opinión, la postura no es acertada, yo creo que si se paga en dinero y ya que se aplican las normas sobre extinción de las obligaciones (expresamente lo recoge el art. 1056.2 CC) se pueden reclamar el pago de intereses. El adjudicatario en principio se beneficia de la herencia, el bien más preciado queda en su poder, los demás reciben su parte en bienes hereditarios o extrahereditarios, no eligen, pero dado que los preceptos generales se remiten al momento del fallecimiento o de la valoración de los bienes, resulta contrario a la buena fe y al equilibrio de las contraprestaciones que se pueda pagar en dinero y además se demore en el pago sin tener que pagar intereses.

Pienso que el artículo 847 del Código Civil⁸⁰ resulta aplicable en este caso puesto que es una norma para casos especiales, además no se ha excluido su aplicación ni expresa ni tácitamente, y se atenderá al valor que tuvieren los bienes al tiempo de liquidarles la porción correspondiente y el crédito metálico devengará el interés legal. Es una norma general en materia de herencia, pero para supuestos específicamente permitidos como resulta en el presente supuesto. La finalidad de conservación de la empresa no se opone a las reglas generales del cumplimiento de las obligaciones, por lo tanto cabe la aplicación del artículo 847.

HUERTA⁸¹ considera que no son aplicables a la partición los preceptos de la sección 8.^a en que se incluyen los artículos 841 a 847, lo cual no comparto. Es cierto que la partición efectuada por el testador es de eficacia inmediata «se pasará por ella» con el único límite del respeto de las legítimas en su perspectiva cuantitativa, pero igual que ha excluido expresamente los preceptos 843 y 844.1º los demás preceptos tendremos que ver si son incompatibles o no con el permiso ofrecido en el artículo 1056.2, pero no expresar de golpe que estos artículos no se aplican por contradecir la intencionalidad del testador.

Según RUEDA⁸² el plazo debe ser de caducidad (por participar de la misma naturaleza del plazo del art. 844.2). Nada se dispone sobre intereses, ni tampoco se prohíbe imponerlos al testador o al contador-partidor. Si nada se dijo, no existirán intereses. Aunque aquí, a pesar de no considerar aplicable la normativa de los artículos 841 y siguientes del Código Civil como supletorios, sí nos vendría muy bien la aplicación del artículo 847, que establece que el crédito devengará el interés legal desde la liquidación.

6. EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO

No parece que el favorecido con el patrimonio empresarial, pueda renunciar al pago en metálico manteniendo la disposición a su favor. Los legitimarios podrán pedir su legítima en bienes de la herencia solo si no se hubiere establecido la forma de pago. Desaparece del texto, la referencia expresa que hasta entonces contenía el precepto proyectado al consentimiento de los legitimarios, similar a la contenida en el artículo 843 del Código Civil pero agravada en cuanto no permitía el recurso al Juez.

La supresión de este consentimiento, obviamente posterior al fallecimiento del disponente, debe ser destacada favorablemente en cuanto altera por completo el alcance de la partición por el testador alejándola de otros supuestos de pago en metálico ineficaces en la práctica precisamente por esta razón.

7. FORMA

La partición puede ser un elemento integrado en un protocolo familiar.

También puede ejercitarse en actos *inter vivos* con tal que posteriormente fallezca con un testamento compatible con la partición realizada.

La regla general, como ya he expuesto es que el artículo 658 del Código Civil solamente admite dos títulos, causas, o especies, de sucesión por causa de muerte, una la que se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de este, por disposición de la ley, denominadas respectivamente, testamentaria y legítima. El contrato no es el modo normal de delación;

lo es en supuestos excepcionales y en los territorios sujetos al derecho foral, es, en cambio, el testamento el modo de delación normal de la sucesión pues en el 1271.2º del Código Civil se prohíbe la delación contractual, si bien la expresión «y otras disposiciones particionales» parece que pudiera abrir al contrato las disposiciones particionales representativas de la universalidad de la herencia, si tal universalidad comprende la ordenación de la sucesión en la unidad productiva empresarial de la familia. Esto no puede ser así por cuanto que en esta figura faltaría operatividad al principio de irrevocabilidad de los contratos.

En esta línea el artículo 1271 párrafo segundo se modifica por esta ley 7/2003 en los siguientes términos: *«Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056».*

Significa que solo el testamento es el negocio jurídico admitido por el Código Civil para la delación de la herencia, con exclusión de los contratos, aunque la jurisprudencia haya mitigado en la práctica, el rigor de este precepto.

El contenido del pacto particional del artículo 1271.2º ha sido ampliado en su nueva redacción, ya que no se limita a la mera división del caudal. Supone concordar este artículo con la nueva redacción del 1056. También puede extenderse, según el texto de la norma, a «otras disposiciones particionales», las cuales pueden ser las relativas al pago en metálico de las legítimas, incluyendo la forma y plazo en que haya de realizarse.

Se plantea la posibilidad de eficacia del pacto contractual⁸³, que en muchos territorios forales como Aragón, Cataluña, Navarra o Galicia tienen tanta importancia, según ROCA SASTRE⁸⁴, la sucesión contractual, «será la que tiene por causa, título o fuente, el contrato sucesorio o, si se quiere, la que se defiere por vía del contrato».

Según GARCÍA MEDINA⁸⁵ la nueva redacción del 1271 del Código Civil no cambia la sustancia del precepto⁸⁶, en cuanto que no convierte la partición ordenada en vida del causante en irrevocable, sino que sencillamente dota a dicho causante de facultades de ordenación de pagos de las legítimas, si es preciso, con caudales extrahereditarios e, incluso, de pagar dichas legítimas a plazos (hasta en cinco años máximo), si todo ello está causalizado en la conservación de una empresa o en interés de su familia.

Destacar que las modificaciones legislativas producidas en Cataluña en los últimos años son una muestra de la tendencia a mantener la legítima como institución, si bien disminuyendo su trascendencia, al privarle de algunas de las garantías para su exigibilidad. La Ley del Libro IV del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions) ha sustituido la regulación del Código de sucesiones por causa de muerte (aprobado por Ley 40/1991, de 30 de diciembre)⁸⁷, acentuando, como explica el propio Preámbulo legal, el

debilitamiento de la legítima y restringiendo su reclamación. Se señala como uno de los objetivos de la nueva regulación la reducción de los derechos de los legitimarios para adecuar la institución a la realidad social contemporánea, en la que, según el legislador catalán, prevalece el interés en proporcionar a los hijos una formación por encima del interés en proporcionar un valor patrimonial cuando falten los padres.

La Llei 10/2008, de 10 de julio, intenta revitalizar los pactos sucesorios y prevé expresamente la posibilidad de que se celebren pactos que tengan la finalidad del mantenimiento y la continuidad de una empresa familiar o un establecimiento profesional, así como su publicidad por los mismos medios que el protocolo familiar (en la actualidad, RD 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares).

La Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia se ocupa de una manera más amplia de la legítima en el capítulo V del Título X (arts. 238 a 266). Se introducen modificaciones importantes respecto del régimen anteriormente vigente. La consideración de la legítima como *pars bonorum* es relegada: si el testador no hubiera asignado la legítima en bienes determinados, los herederos, de común acuerdo, podrán optar entre pagarla en bienes hereditarios o en metálico, aunque sea extrahereditario; a falta de acuerdo entre los herederos, el pago de la legítima se hará en bienes hereditarios (art. 246); si los bienes atribuidos por el causante a un legitimario no fueran suficientes para satisfacer su legítima, este solo tendrá derecho a su complemento, el cual se satisfará de acuerdo con las reglas del artículo anterior (art. 247). El artículo 249 establece que «el legitimario no tiene acción real para reclamar su legítima y será considerado, a todos los efectos, como un acreedor», si bien, el legitimario podrá exigir que el heredero, el comisario o contador-partidor o el testamentero facultado para el pago de la legítima formalice inventario, con valoración de los bienes, y lo protocolice ante notario. Termina diciendo el artículo que el legitimario podrá solicitar también anotación preventiva de su derecho en el Registro de la Propiedad sobre los bienes inmuebles de la herencia: puesto que se trata de un simple derecho de crédito parece que la anotación puede ser preventiva de legado (arts. 47 y 48 LH). El heredero debe pagar las legítimas o su complemento en el plazo de un año desde que el legitimario la reclame: transcurrido este plazo la legítima producirá el interés legal del dinero; si el legitimario no estuviera conforme con la liquidación de la legítima y rechazara el pago, el heredero o persona facultada para entregarla podrá proceder a la consignación judicial (art. 250). Si no hubiera en la herencia bienes suficientes para el pago de las legítimas podrán reducirse por inoficiosos los legados y donaciones computables para su cálculo.

En cuanto a la facultad otorgada al contador-partidor, lo que se delega es la partición no la disposición, en este sentido sí estoy de acuerdo con HUERTA⁸⁸ cuando expresa que el testador sí puede instituir herederos por partes iguales a

sus hijos y facultar al contador-partidor disponiendo el abono extrahereditario en metálico de los derechos del resto de coherederos. No se confiere en este caso facultad alguna de contenido dispositivo. También resulta muy conveniente el nombramiento de contador-partidor cuando sea el propio testador quien adjudique la explotación o las acciones o las participaciones sociales de control a una persona concreta y ordene el pago en efectivo extrahereditario a los demás herederos. A pesar de que la disposición particional del testador resulta suficiente por sí sola, no es inútil la designación del contador-partidor, pues tendrá que evaluar y elaborar el inventario, calcular las legítimas, teniendo en cuenta el haber hereditario (*donatum* más *relictum* neto) al tiempo del fallecimiento del testador (art. 818 CC).

La STS de 18 de junio de 1982 falló a favor de que el adjudicatario tiene que pagar solo la legítima corta, a menos que de la voluntad del testador se dedujese otra cosa, puesto que la voluntad del testador era que se conserve indivisa la empresa, y el gravarla con altas cantidades hace peligrar su continuidad; así pues, como del testamento no resulte otra cosa, debe entenderse legítima corta o estricta.

El 1056.2 es por lo tanto una de las mejoras tácitas admitidas por el Código Civil.

V. CONEXIÓN DEL ARTÍCULO 1056 CON LOS ARTÍCULOS 841 Y SIGUIENTES DEL CÓDIGO CIVIL

Con la reforma de 2003, no hay ya duda de la independencia del artículo 1056.2 con respecto al artículo 841 y siguientes.

El artículo 1056 perdió trascendencia tras la reforma, en 1981, de los artículos 841 y sigs. del Código Civil bajo la rúbrica «Pago de la porción hereditaria en casos especiales».

Los artículos 841 a 847 establecen la posibilidad de que la legítima de los descendientes pueda ser siempre pagada en dinero a todos menos a uno, a voluntad del causante. Esta modificación fue el motor de una revisión crítica por parte de la doctrina acerca de la naturaleza de la legítima. La legítima de los descendientes puede pagarse en dinero pero, al mismo tiempo, se mantiene como un residuo la concepción de la legítima como *pars valoris*: la «intangibilidad global», es decir, el destino de los bienes *in natura* al colectivo de legitimarios sigue siendo una regla inderogable por voluntad del causante.

Según ESPEJO⁸⁹ constituye la razón de ser de una norma especial: si existiera metálico en la herencia, sobraría la necesidad de regular el supuesto, porque lo único que la legítima exige en general es que los legitimarios perciban su legítima en bienes pertenecientes a la herencia, el Código Civil reconoce la posibilidad de pago de la legítima en metálico extrahereditario con una gran amplitud.

Concluye el artículo 1056 diciendo: «*No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844.*»

Es preciso acudir a la sección octava, cap. II «De la herencia», que lleva la rúbrica «Pago de la porción hereditaria en casos especiales» artículos 841 a 847, mientras que el 1056 se incluye en el cap. VI dentro de los preceptos de partición.

Los artículos 841 y sigs. no son normas particionales, se trata de facultar al testador la atribución de comutar. Pues el artículo 841.1 dispone de manera general: «*El testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquel, podrá adjudicar 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.*» Su interpretación tiene un alcance restringido y es norma de carácter excepcional, por eso hay que estar al tenor literal de sus preceptos.

Se trata de una posibilidad concedida al testador, en que puede entrar en juego la voluntad de los hijos y descendientes. Sin embargo, expresamente proclama el artículo 1056 que esta norma es excepcional y tiene una aplicación restringida, como ya he señalado, en aras de la conservación de la empresa, cosa que no sucede en los artículos 841 y sigs. Por eso expresamente se dice, aunque yo creo que no hacía falta, que no es necesaria la aprobación judicial (de los arts. 841 y sigs.) y no hay este plazo para pagar, puesto que como ya he expuesto, si hay aplazamiento el artículo 1056 pone el tope de 5 años⁹⁰.

Aunque el artículo 1056 está ubicado sistemáticamente en el Código Civil dentro de la regulación de la partición, trata de una materia que incide de manera directa en la legítima. A diferencia de lo que sucede con lo dispuesto en el artículo 841, que no exige requisito objetivo para que el testador pueda adjudicar alguno de los bienes a alguno de los descendientes y ordene el pago en metálico de la legítima a los demás legitimarios, el artículo 1056 se refiere expresamente a una explotación económica, o al control de una sociedad de capital.

Existen algunas diferencias de régimen jurídico que oscurecen las relaciones entre ambas normas. Basta con señalar que el pago en metálico de la legítima a los demás descendientes se contempla en los artículos 841 y sigs. como una facultad para el legitimario favorecido por la designación (art. 842) mientras que en el régimen del artículo 1056 se le impone como una carga, de la que solo podría liberarse renunciando a la atribución. Además, el artículo 841 impone un pago inmediato de la legítima en metálico mientras que el artículo 1056 permite un aplazamiento de hasta cinco años.

El artículo 1056 permite al testador, o al contador partidor expresamente autorizado para ello, adjudicar íntegramente una explotación económica o la totalidad de las acciones o participaciones que ostente en una sociedad bajo su control a quien considere más conveniente en atención al interés de la empresa

o al interés de la familia. De «padre» e «hijos» hablaba la redacción originaria del artículo 1056, y de «testador» e «interesados» habla ahora el artículo 1056, con lo que se da cabida a la interpretación que la doctrina mayoritaria había defendido ya para el Derecho anterior, esto es, la posibilidad de que cualquier ascendiente y en relación con cualquier descendiente pudiera hacer uso de la posibilidad ofrecida por el precepto. Aunque se ha discutido, y la opinión no es compartida por todos, la referencia a la conservación de la empresa que contiene en la actualidad el artículo 1056 puede interpretarse como la posibilidad de adjudicar la empresa a un tercero, es decir, a quien no sea legitimario, por supuesto con la obligación de satisfacer la legítima en dinero. Esta interpretación, que encaja con los planteamientos de la Unión Europea sobre transmisión y conservación de las empresas enlaza también con la creciente tendencia a considerar la legítima como un derecho puramente crediticio.

Por lo que se refiere al objeto, la redacción del artículo 1056 anterior a la reforma del año 2003 se refería a «una explotación agrícola, industrial o fabril», mientras que en la actualidad el precepto se refiere a la «explotación económica» o bien al conjunto de acciones o participaciones «que permitan mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas». Debe existir una verdadera empresa, sin que sea suficiente la existencia de un conjunto de bienes si no está organizado como un conjunto empresarial.

No existe inconveniente en considerar incluidos en el precepto, como ya expuse, junto a los empresarios, a los profesionales liberales. Se permite, además, hacer uso de esta posibilidad tanto al titular de una empresa individual como al socio con posición dominante en una sociedad de capital. No se exige que se trate de una sociedad productiva, por lo que parece que también quedan incluidas las meramente patrimoniales o de tenencia de bienes.

En los casos en que las acciones o participaciones no supongan una posición de control en la sociedad debe recurrirse a la vía del artículo 841 del Código Civil.

La norma se refiere expresamente a la posibilidad de establecer un aplazamiento en el pago de hasta cinco años, lo que ha sido criticado por entender que supone una modificación excesiva del sistema general de las legítimas.

Por lo que se refiere a las garantías exigibles, si existen inmuebles, la doctrina considera aplicable el artículo 15 de la Ley Hipotecaria, lo que no es posible si se trata de un paquete de acciones. El Código no resuelve tampoco el problema del momento en el que deben valorarse los bienes para fijar la cuantía de las legítimas. En la doctrina las opiniones no son unánimes, pues cabe acudir al criterio del momento de la muerte (más el interés legal) o al del momento del pago. La cuestión ofrece indudable interés práctico, puesto que dada la naturaleza productiva de los bienes que nos ocupan la empresa puede revalorizarse o depreciarse, entre otros factores, por la actividad del beneficiado, por la disposición que debe satisfacer a los demás su legítima.

La doctrina discute el título por el que el beneficiario y los demás legitimarios entran en la sucesión cuando el testador no lo haya dicho expresamente, pues de ello depende la solución que se dé a algunos problemas, como el momento en que el beneficiario puede entrar en la posesión, la obligación frente a los acreedores de la empresa, o los derechos en caso de que no se pague en el plazo establecido a los legitimarios.

Cuando el caudal hereditario es suficiente para que todos los hijos del testador reciban al menos su legítima estricta en bienes de la herencia sin necesidad de fragmentar o dividir más allá de lo deseado la titularidad de la empresa familiar, la adjudicación de esta a alguno de los hijos no plantea ningún problema que no pueda ser resuelto por medio de actos particionales efectuados por el propio testador, atribuyendo al resto de los hijos su legítima (o su mayor porción hereditaria) mediante la atribución de otros bienes distintos de la empresa. El problema, se presenta en el frecuente caso de que el resto del patrimonio ajeno a la empresa familiar no basta para pagar las legítimas del resto de hijos o descendientes. El sistema de legítimas constituye un serio obstáculo para la continuidad de la empresa y su pervivencia. No tanto por su cuantía en relación con el total de la herencia, sino especialmente por su naturaleza de derecho recayente sobre una parte del caudal hereditario (*pars bonorum*), a la cual los legitimarios tienen derecho como regla general.

El pago en metálico de la porción hereditaria está regulado en la sección 8.^a, capítulo II del título III del libro III del Código Civil, artículos 841 a 847, cuya redacción actual se introdujo en la reforma de la ley de 13 de mayo de 1981. Su finalidad no es otra que la flexibilización del rigor legitimario, permitiendo al testador que las legítimas puedan ser pagadas en metálico a alguno o algunos de los herederos forzosos mediante el cumplimiento de ciertos requisitos. El régimen legal de los artículos 841 y siguientes no tiene como objetivo específico facilitar la integridad de la empresa familiar. Es una norma de carácter más general, ya que la utilización de la facultad de pago en metálico de las legítimas no requiere que con ella el testador logre ninguna finalidad u obtenga un resultado predeterminado por la ley. El testador puede usar de dicha facultad sin expresar en el testamento la causa o motivo de por qué lo hace. En esto precisamente se manifiesta cierta utilidad que todavía puede conservar el artículo 841, después de la reforma reciente del artículo 1056 del Código Civil, en la ordenación testamentaria de la sucesión en la empresa familiar.

El régimen legal del pago en metálico de las legítimas de los artículos 841 a 847 del Código Civil ha sido ampliamente estudiado por la doctrina. Se trata de normas que afectan más bien al contenido dispositivo del testamento, aunque también se hallan teñidas por un indudable tono particional.

La facultad de pagar en metálico las legítimas de alguno o algunos de los herederos forzosos corresponde al testador. Este puede hacerlo bien directamente, ordenándolo así en el testamento, bien de forma indirecta, autorizando

expresamente al contador-partidor designado. Así lo establece el párrafo primero del artículo 841: «El testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquel, podrá adjudicar 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».

La autorización al contador-partidor ha de ser expresa y su contenido será de mera ejecución testamentaria. El testador no puede delegar en el contador-partidor la designación del hijo o descendiente adjudicatario de los bienes hereditarios, ya que tal designación no tiene naturaleza particional, sino dispositiva. El párrafo segundo del artículo 841 dispone que «también corresponderá la facultad de pago en metálico en el mismo supuesto del párrafo anterior al contador-partidor dativo a que se refiere el artículo 1057 del Código Civil». La figura del contador-partidor dativo se introdujo en el Código como instrumento sencillo que puede evitar la participación judicial cuando no exista acuerdo unánime de los herederos sobre la forma de realizarla.

El sistema del artículo 841 del Código Civil no ha tenido en la práctica una aplicación muy extendida. En los testamentos se utiliza con distintas finalidades, siendo la más frecuente la del testador con hijos de más de un matrimonio o con hijos matrimoniales y no matrimoniales. Es más raro que se acuda a esta vía para resolver los problemas que puede plantear la sucesión en la empresa del testador. La razón de este relativo fracaso hay que buscarla en el procedimiento legal para el pago del derecho de los demás legitimarios. En primer lugar, la partición con pago en metálico de legítimas, o mayor porción hereditaria, requiere la aprobación expresa de todos los hijos o descendientes interesados en ella y, en su defecto, aprobación judicial (art. 843 CC).

La partición con pago en metálico de legítimas no tiene, pues, el efecto inmediatamente ejecutivo de que goza la realizada por el propio testador («se pasará por ella», dice el art. 1056 CC) o por el contador-partidor nombrado por él. Requiere de la conformidad expresa de los herederos o de su aprobación judicial. El segundo inconveniente deriva de lo dispuesto en el artículo 844, que impone un plazo muy breve para el pago en metálico, lo cual puede suponer grandes dificultades prácticas cuando no exista efectivo en la herencia y el pago haya de realizarse con dinero extrahereditario, que el adjudicatario de los bienes tendrá que obtener de su propio patrimonio o acudiendo al crédito: «La decisión de pago en metálico no producirá efectos si no se comunica a los perceptores en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión. El pago deberá hacerse en el plazo de un año más, salvo pacto en contrario». Precisamente con objeto de evitar estos inconvenientes el nuevo párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil ha establecido que a la partición a que se refiere dicho artículo no será de aplicación lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844. A pesar de todos estos obstáculos el procedimiento de los artículos 841 y siguientes puede conservar todavía alguna

utilidad en lo relativo a la sucesión en la empresa familiar, aunque sea más bien residual. Lo normal será acudir a la partición efectuada por el propio testador en los términos del artículo 1056, párrafo segundo. Pero esta vía tiene también algunas limitaciones, que no afectan, en cambio, al sistema del artículo 841. Como ya hemos visto el artículo 1056 permite con gran amplitud el pago en metálico de las legítimas, pero la facultad que atribuye ha de estar ligada a una finalidad concreta: «preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas». La norma parece contemplar prioritariamente la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar perteneciente al fundador, el cual, tratándose de empresa societaria, es titular de una parte de capital suficiente para mantener la unidad de la empresa y el control de la sociedad. Pero si nos situamos ante transmisiones de paquetes accionariales más pequeños, que en sí mismos no atribuyan facultades de control, puede ser más dudosa la aplicación del nuevo artículo 1056. El caso puede darse con frecuencia en las sucesiones de accionistas o partícipes pertenecientes a la segunda generación o a generaciones posteriores, que ya no detentan por sí solos mayorías sociales de control. En estos casos puede resultar dudosa la utilización de la facultad particional del artículo 1056. Pero no así la de los artículos 841 y siguientes, que, pese a sus inconvenientes, permite al testador la adjudicación de todos los bienes hereditarios o de parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, satisfaciendo en metálico (incluso extrahereditario) la porción hereditaria del resto de los legitimarios.

La sentencia de 4 de noviembre de 2008⁹¹ destaca que es igualmente partición tanto la que comprende todo el patrimonio del causante, como si no lo comprende totalmente.

Señalar también la sentencia de 22 de mayo de 2009 (*RJ* 2009, 3038), que en su Fd. Dch. 3º indica: *La cuestión de derecho esencial, base jurídica del presente litigio, que se plantea a la Sala es la naturaleza y eficacia de las adjudicaciones de bienes que, a modo de normas partpcionales, hace el testador*⁹².

VI. CONCLUSIONES

I. La sucesión generacional se ha revelado como uno de los problemas críticos de la empresa familiar, como lo demuestra el dato de que la mayoría de este tipo de empresas no llegan a la tercera generación. Unido a este problema está el de la permanencia del control de la empresa en el núcleo familiar. Por lo tanto, la preparación de la sucesión es un aspecto fundamental en las empresas familiares y la mentalización acerca de la importancia de esta cuestión, es un factor clave para su continuidad. La preparación de la sucesión implica la imprescindible colaboración de las partes que van a intervenir y requiere una planificación serena y reflexiva de la misma. Como se ha tratado de explicar en este trabajo.

II. Lo que caracteriza a la empresa familiar, con independencia de su fórmula jurídica, es que existe un control familiar de las decisiones y una continuidad intergeneracional.

El régimen matrimonial y las cuestiones sucesorias tienen una gran importancia en la continuidad de la empresa y deben ser tenidas en cuenta, fundamentalmente, cuando se produce el paso a la segunda generación.

III. En España rigen varias legislaciones civiles: la común y las diferentes legislaciones forales, que establecen normas muy diferentes en materia sucesoria y cuya aplicación depende de la vecindad civil del causante o testador. En la sucesión por causa de muerte puede existir, o no, testamento, siendo en este último supuesto cuando las diferentes legislaciones cobran importancia, ya que en defecto de testamento, regirán las normas sucesorias establecidas en cada legislación civil.

Debemos acudir a la normativa civil, si bien, hay que tener en cuenta que no se ofrece una solución única que pueda considerarse la más apropiada para todas ellas, las características y objetivos empresariales son distintos.

IV. Sin riesgo de exageraciones puede afirmarse que el testamento es instrumento prácticamente imprescindible para asegurar en lo posible la continuidad y cohesión de la empresa familiar tras el fallecimiento del anterior o anteriores titulares; en la misma medida en que la sucesión intestada constituye un peligroso factor de riesgo para que se produzca su extinción o dispersión.

Teniendo en cuenta que el testamento del empresario se refiere a la necesidad de coordinar sus disposiciones con la adopción de medidas complementarias, tanto en lo relativo al régimen económico matrimonial como en lo que afecta a los estatutos de la sociedad o sociedades que constituyan la estructura jurídica de la empresa. Es conveniente que el testador designe albacea y contador-partidor, concurriendo ambos cargos en la misma persona.

El ordenamiento jurídico ofrece una amplia variedad de instrumentos técnicos que pueden utilizarse en función de los diferentes casos y circunstancias para ordenar la sucesión del empresario y proteger a la empresa de la disgregación y, en último término, de la desaparición. A este respecto, mi opinión es centrarme en las normas sucesorias que regula nuestro Código Civil para tener claro que el empresario-testador puede y debe transmitir su empresa *mortis causa*, estableciendo las pautas adecuadas para que a su muerte continúe existiendo. Para ello acudo al sistema permitido en el artículo 1056 del Código Civil, sin perjuicio de mencionar otras posibles opciones permitidas en nuestra legislación.

V. Por lo que al Código Civil se refiere, el precepto más significativo es el artículo 1056.2, que permite al testador que, en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación económica o mantener el control de una sociedad atribuirla a un solo descendiente, disponiendo que se satisfaga en metálico la legítima. Esta norma faculta no solo la continuación y conservación de la empresa, sino también su

mantenimiento dentro de la familia, evitando así que caiga en manos de extraños lo que en ocasiones constituye el fruto de toda una vida. Se trata de considerar a la empresa en su condición de conjunción de varios elementos organizados entre sí, constituyendo un todo inescindible e indivisible, estamos ante una norma dispositiva que excepciona el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, de mantener la unidad, conservación e indivisibilidad de dicha conjunción u organización.

VI. El sistema de legítimas consagrado en nuestro Derecho, no garantiza el mantenimiento de la unidad y continuidad de la misma. La reciente modificación del artículo 1056 del Código Civil por la Ley 7/2003 ha mejorado esta situación al permitir que, en atención a la conservación de la empresa, el testador disponga que se pague en metálico su legítima a los demás interesados y, en caso de no existir metálico suficiente, permite que se pueda abonar con efectivo extrahereditario, dando para ello un plazo de cinco años. Esta medida establece una posición de equilibrio entre los derechos de los herederos, que quedan garantizados, y el fin último de conservar la empresa.

Esta modificación del segundo párrafo del artículo 1056 del Código Civil ha introducido una importante mejora de cara a la conservación de las explotaciones económicas familiares por medio de la regulación de su transmisión *mortis causa*. Así, se permite que el testador legue a su voluntad la totalidad de la misma, disponiendo el pago en metálico de la legítima a los legitimarios. En el supuesto de que no exista metálico, el pago de la legítima se puede producir con efectivo extrahereditario como excepción al principio de que la legítima ha de pagarse en bienes de la herencia

El nuevo artículo 1056.2 del Código Civil es una herramienta hábil para la sucesión de la empresa familiar así como también para las sociedades estrechamente patrimoniales.

El artículo 1056 permite con gran amplitud el pago en metálico de las legítimas, pero la facultad que atribuye ha de estar ligada a una finalidad concreta: «preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas». La norma parece contemplar prioritariamente la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar perteneciente al fundador, el cual, tratándose de empresa societaria, es titular de una parte de capital suficiente para mantener la unidad de la empresa y el control de la sociedad.

Estas consideraciones se han explicado y analizado en este trabajo.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ACEBES CORNEJO, R. (1997). Algunos aspectos de derecho sucesorio en el estatuto de la explotación familiar agraria de 1981 y su relación con el Código Civil. En: J. M. Ruiz-Rico Ruiz (coord.), *Estudios de derecho agrario*, Málaga. Pp. 361-386.

- ARRIOLA ARANA, J. M (2005). *Titularidad sucesoria en la empresa familiar*. Tomo IV. Barcelona. Bosch.
- BALLARÍN MARCIAL, A. (1995). Introducción y crítica a la naturaleza de la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias. *RDAA*, año XI, núm. 27 julio-diciembre, 7-12.
- (2001). La sucesión mortis causa de la explotación agraria. *Rev J. del Notariado* núm. 38. 9-30.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. (2003). Sociedad nueva empresa. *Aranzadi Civil*, núm. 3/2003. Tribuna. Pamplona. BIB 2003, 427.
- BERMEJO PUMAR, M. M., (2005). La legítima. Función y estructura, en *J. F. Delgado de Miguel y M. Garrido Melero, Instituciones de Derecho Privado*, V. 3, Civitas, Cizur Menor.
- BERROCAL LANZAROT, A. I. (2006). La protección del patrimonio familiar empresarial, *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, 24. http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_Revista_FP&cid=1142403992968&esArticulo=true&idRevistaElegida=1142401935607&language=es&pageName=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU&siteName=RevistaJuridica&urlPage=RevistaJuridica%2FPage%2Fhome_RJU
- BUSTO LAGO, J. M., coord. (2007). *Derecho de sucesiones. Legislación, comentarios y jurisprudencia*. Pamplona. Thomsom. Aranzadi.
- CALATAYUD SIERRA, A. (2010). La facultad del testador de imponer obligaciones a sus sucesores. *Revista Jurídica del Notariado*. julio-septiembre.
- CABALLERO LOZANO, J. M. (1997). Modernización de la explotación y de la actividad agraria. *RDAA*. núm. 31, 11-19.
- CARRETERO GARCÍA, A. (2003). *Empresa agraria y profesionales de la agricultura en el derecho español comunitario*. Ed. Comares. Granada.
- CERDAGIMÉNEZ (2007). De la fiducia sucesoria a la sucesión contractual en la empresa familiar. *Rev. Jur. Notariado*. Núm. 62, 89-143.
- CORRAL DUEÑAS (1995). Comentarios a la Ley de Modernización de las explotaciones agrarias. *RDAA*, año XI, núm. 27, julio-diciembre.
- DAVILA GARCÍA, J. (1946). La empresa mercantil individual en la sucesión hereditaria. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Tomo III. Pp. 569-594.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M. (1991). Comentario al artículo 1056 del Código Civil. En *Comentario del Código Civil*, T. I, Madrid: Ministerio de Justicia.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (1989). *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*. Madrid. Tecnos.
- DOMÍNGUEZ REYES, J. F. (2010). *La transmisión de la herencia*. Atelier. Barcelona.
- EGEA FERNÁNDEZ, J. (2007). Protocolo familiar y pactos sucesorios. La proyectada reforma de los heredamientos, *InDret 3/2007, Revista para el Análisis del Derecho*, www.indret.com, Barcelona, julio.
- FELIZ MARTÍNEZ, I. I. (1996). El régimen de las explotaciones familiares agrarias en la Ley de 4 de julio de 1995. AC. Pp. 481-493.
- FERNANDEZ-TRESGUERRES, A. (2008). *Transmisión mortis causa de la condición de socio*. Thomson.
- FOSAR BENLLOCH, E. (1963). La explotación agrícola y el artículo 1056, párrf. 2º del Código Civil. *ADC*. Pp. 377-422.

- (1971). Mas sobre el artículo 1056 II del Código Civil y la explotación agrícola. El principio general de derecho de la atribución sucesoria unitaria de la explotación familiar. *RCDI*. 225-271.
- GARCÍA DE PABLOS, J. F. (2011). Ley de titularidad compartida de las explotaciones agrarias. *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Pamplona. Núm. 832, p. 6.
- GARCÍA RUBIO M.^a PAZ (2008). La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la Facultad de Mejorar. *Anuario Derecho Civil*. Pp. 57-112.
- GARCÍA VALDECASAS (1963). La legítima como cuota hereditaria y como cuota de valor. *RDP*. 957 y sigs.
- GARRIDO MELERO, M., FUGARDO ESTIVILL, J. M. (2005). *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo IV. Barcelona. Bosch.
- GUÍA PARA LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA FAMILIAR. Ministerio de Economía. Madrid. Septiembre de 2003. http://www.emprender-en-aragon.es/medias/pdf/guia_pequena_mediana_empresa_familiar.pdf
- HUERTA TRÓLEZ, A. (2004). La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio. *Rev. Jur. Notariado*. Núm. 50, 93-138.
- LACALLE SERER, E., SANMARTÍN ESCRICHE, F. APARICIO URTASUM, C. (2008). *Sucesiones y herencias*. Valencia. Tirant lo Blanch.
- LACALLE SERER, E., SANMARTÍN ESCRICHE, F. (2012). *Protocolos sobre Sucesiones y Herencias*. Valencia. Editado por Tirant Lo Blanch.
- MALDONADO RAMOS, I. (1996). Consideraciones sucesorias y societarias en torno a la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias. *RCDI*. 119-130.
- MILLÁN SALAS, F. (1999). *Instituciones sucesorias en el Código Civil que conservan integra una explotación agraria*. Ediasa.
- MUÑIZ ESPADA, E. (2008). *La transmisión de la empresa agraria*. Thomson. Pamplona. 2008.
- NAVARRETE SÁNCHEZ, E. (2010). La empresa familiar: el protocolo familiar. *La Gaceta jurídica de la empresa andaluza*. Núm. 23. Marzo. Pp. 13-15.
- OCHOA MARCO, R., SEBASTIAN CHENA, M., GARCIA RAMIREZ, J. (2008). *La herencia. Análisis práctico de los problemas sustantivos y procesales del derecho de sucesiones*. Madrid. Colex.
- PALAZÓN GARRIDO, M. L. (2003). *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*. Tirant lo Blanch. Valencia.
- PARRA LUCAN, M. A. (2009). Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio. AFDUDC, 13, 2009, pp. 481-554.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS (1985). La naturaleza jurídica de la legítima. *ADC*. Pp. 849-908.
- POVEDA BERNAL, M. I. (2009). La empresa familiar agraria en la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural. *El desarrollo sostenible en el ámbito rural*. Ed. Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona. 2009. Pp. 175-214.
- PUIG BRUTAU, J. (1960). El testamento del empresario. *RDP*. Pp. 845-858.
- REVERTE NAVARRO, A. (2004). Sucesión mortis causa, en *Empresa y Sucesión Legitimaria (notas al nuevo art. 1056 del CC)*. Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia. Madrid.
- REYES LOPEZ, M. J. (2004). *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*. Monografía de Revista de Derecho Patrimonial. Ed. Aranzadi, S.A., enero.

- ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR (1947). El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria. *RCDI*. Octubre. 585-599.
- ROCA JUNYENT, M. (2005). *La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario*. Tomo IV. Barcelona. Bosch.
- ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L. (1994). *Derecho de Sucesiones*. Tomo III, Bosch Casa Editorial. Barcelona.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, I. (2000). *La empresa familiar en el ámbito del derecho mercantil*. Madrid. EDERSA.
- RUEDA ESTEBAN, L. (2003). La modificación del artículo 1056 II C. Civil. *Cuadernos de Derecho y Comercio*. Núm. 59, pp. 105-140.
- (2006). «La reforma del párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Tomo 44. Pp. 57-94.
- SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. y CALERO ARTERO, J. F. (2000). *La empresa familiar: Guía práctica de organización y funcionamiento*. Granada. Lexconsult. Ed. Comares.
- SERRANO CHAMORRO, M. E. (2009). Algunos de los problemas que pueden aparecer a la hora de partir una herencia. Especial consideración jurisprudencial. *RCDI*. Julio-agosto. 1959-2002.
- TORRES GARCÍA, T. F. (1980). La explotación agrícola familiar: su conservación en la sucesión *mortis causa* del titular (art. 35 LRYDA). *ADC*. Pp. 335-388.
- (2006). *Legítima, legitimarios y libertad de testar. Síntesis de un sistema*. Ed/APDC-Universidad de Murcia.
- Una aproximación al artículo 1056. II del Código Civil (Posible sucesión *mortis causa* de la empresa). *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*. Colegio de Registradores de España. Madrid. Thomson-Civitas.
- TORRES GARCÍA, T. F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2005). El patrimonio agrario: constitución, titularidad y transmisión unitaria, en Garrido Melero y Fugardo Estevill, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, II, Barcelona, Bosch.
- VALMAÑA, A. (2010). Ley de Sociedades de capital y empresa familiar: una oportunidad desaprovechada. *Noticias jurídicas.com*. Julio. 2010. <http://noticias.juridicas.com/articulos/50-Derecho-Mercantil/201007-352398712542.html>
- VATTIER FUENZALIDA, C. (1983). El pago en metálico de la legítima de los descendientes. *RDP*. 453-478.
- (1987). Reforma de estructuras y concentración parcelaria, *Revista de Derecho Agrario y Alimentario*, octubre 1986 - marzo, 21-36.
- (1996). Concepto y tipos de empresa según la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año núm. 72, núm. 637, 2203-2218.
- VICENT CHULIÁ, F. (2000). La organización jurídica de la sociedad familiar. *Revista de Derecho Patrimonial*. Editorial Aranzadi, S. A., enero-1, núm. 5.
- VIDAL MARTÍNEZ, J. (1979). Algunos aspectos de la regulación de la sucesión *mortis causa* en el Código Civil que favorecen la creación y el mantenimiento de las unidades agrarias. *RDP*. 546-558.

NOTAS

¹ Vid. HUERTA TRÓLEZ, A. La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio. *Rev. Jur. Notariado* núm. 50. 2004. *Op. cit.*, 94. «Es frecuente la afirmación, tal vez exagerada, de que el principal problema de la empresa familiar es el de la sucesión».

² Se han buscado a grandes escalas soluciones para la permanencia de estas empresas, se han dictado medidas de protección por la Comisión Europea, por entes ministeriales estatales, por nuestras comunidades autónomas, la labor de las cátedras de empresa familiar merecen una mención nominativa. En aras de la prevención y agilización de la sucesión *mortis causa* de la empresa familiar (objeto de nuestro estudio) se constituyó una Comisión Interministerial de expertos del Ministerio de Economía y del Ministerio de Justicia que, en febrero de 2002, finalizó sus trabajos con las propuestas de modificación; por una parte, de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en el sentido de posibilitar la emisión de acciones sin voto y la gestión de autocartera y, por otra, del Código Civil, con el fin de facilitar la transmisión hereditaria de la empresa familiar.

³ Analizaré la legislación civil pero teniendo en cuenta la legislación mercantil estando afectada la legislación laboral y fiscal, entre otras; este cúmulo de legislaciones implicadas es fiel reflejo de la importancia que en nuestra sociedad representa la transmisión de la empresa.

⁴ El derecho civil de Cataluña, además de los heredamientos, ha contado desde siempre con instituciones que tienen como principal objetivo el mantenimiento del patrimonio o la explotación familiar. En este sentido posibilita que el testador (también el heredante) pueda delegar en otra persona de su confianza (normalmente el cónyuge o los parientes más próximos) la elección de quien, de entre sus hijos, deba ser el concreto heredero o herederos que lo deban suceder, porque, por ejemplo, considere que es más idóneo para cumplir aquel objetivo económico.

⁵ NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A. *Introducción al derecho agrario. Régimen jurídico de las explotaciones agrarias*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2005. Pp. 284 y sigs. Actualmente la preocupación por la conservación de la empresa familiar es un fenómeno más sentido en la empresa de tipo industrial y comercial que en las explotaciones agrícolas.

El sistema del Código Civil ofrece vías tan válidas como los derechos autonómicos. El Código Civil ha sido reformado en dos importantes aspectos. En 1981 se modificó la normativa sobre régimen económico del matrimonio y se introduce la posibilidad de atribución preferente de la explotación en la liquidación de la sociedad de gananciales. Al mismo tiempo se reformó el derecho hereditario para facilitar la transformación de las legítimas en una *pars valoris* y fomentar prácticas y previsiones sucesorias con respecto a la conservación de las explotaciones económicas. La reciente reforma de 2003 ha afectado tanto al artículo 1056 como al propio 1406 del Código Civil ya modificado en 1981.

⁶ PARRA LUCÁN, M. A. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio. AFDUDC, 13, 2009, pp. 481-554. *Op. cit.*, p. 483.

⁷ PALAZÓN GARRIDO, M. L. *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003. *Op. cit.*, p. 19.

⁸ Si bien la empresa puede ser considerada como objeto unitario a efectos del tráfico jurídico, los distintos elementos que la integran pueden hallarse sujetos a diferente régimen jurídico.

⁹ DÁVILA GARCÍA, J. La empresa mercantil individual en la sucesión hereditaria. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. 1946. Tomo III. *Op. cit.*, p. 577.

¹⁰ Artículo 38 CE: «Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación».

¹¹ PALAZÓN GARRIDO, M. L. *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003. *Op. cit.*, p. 99.

¹² Vid. PALAZÓN GARRIDO. *Op. cit.*, p. 100.

¹³ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. J., *Lecciones de Derecho mercantil*. Tecnos. 13.^a ed. Madrid. 2009. P. 43.

¹⁴ *Vid.* pp. 27 y sigs.

¹⁵ Artículo 18. Grupos de sociedades. «A los efectos de esta Ley, se considerará que existe grupo de sociedades cuando concorra alguno de los casos establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio y será sociedad dominante la que ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras».

¹⁶ *Vid.* VALMAÑA, A. Ley de Sociedades de capital y empresa familiar: una oportunidad desaprovechada. *Noticias jurídicas.com*. Julio 2010. Señala que el 93,20% de las sociedades que se constituyeron en España durante 2009 revistieron forma de sociedad de responsabilidad limitada, mientras que solo el 0,94% lo hicieron como sociedad anónima. Sin embargo, si nos interesa destacar que es en la empresa familiar en la que más se advierte el carácter *intuitu personae* de una sociedad que, por su propia esencia, resulta eminentemente cerrada. Así lo destacaba el propio legislador en la EM de la LSRL, señalando que tanto las restricciones legalmente establecidas respecto a la transmisibilidad de las participaciones como, también, las establecidas respecto a la representación en las Juntas Generales, eran las que permitían advertir dicho carácter.

¹⁷ NAVARRETE SÁNCHEZ, E. *Op. cit.*, p. 14. Comienza diciendo que «En los países de libre mercado las empresas de socios familiares constituyen el entramado básico de la economía y los principales agentes de creación de riqueza. En España, las empresas de este tipo rondan los dos millones y generan alrededor del 68% del Producto Interior Bruto».

¹⁸ POVEDA BERNAL, M. I. La empresa familiar agraria en la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural. *El desarrollo sostenible en el ámbito rural*. Edt. Thomson Reuters. Aranzadi. Pamplona. 2009. Pp. 187 y sigs. Y en concreto en su p. 212 considera necesario acometer reformas legislativas en distintos ámbitos jurídicos. Destacando el derecho societario, ya que la agricultura del futuro demanda el paso de la explotación individual a la explotación societaria. Se debe avanzar en unas sociedades agrarias especiales.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 13.

²⁰ VICENT CHULIÁ, F. *Introducción al Derecho mercantil*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2008. 21.^a ed. P. 243.

²¹ Datos sacados de la GUÍA para la pequeña y mediana empresa familiar. Ministerio de Economía. Madrid. Septiembre de 2003. Estos datos se mantienen en la 6^a edición. Año 2008. Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

²² *Vid.* RODRÍGUEZ DÍAZ, I. *La empresa familiar en el ámbito del Derecho mercantil*. EDERSA. Madrid. 2000. P. 20. En cuanto a sus clases *vid.* Pp. 24 y sigs.

²³ *Vid.* PALAZÓN, en especial pp. 332 y 439, y sigs.

²⁴ Hasta el año 2007 estos protocolos eran documentos generalmente privados para uso exclusivo dentro de la empresa.

²⁵ Según la EM de este RD, el otro objetivo esencial es la articulación de la sociedad conyugal.

²⁶ Esta ley 7/2003 busca una reforma de mínimos, casi una reforma de gestos y afecta, en sede civil, a dos materias bien definidas: la flexibilización de las normas participacionales: participación por el testador y contratos sobre la herencia futura y a través de ella incide en la naturaleza *pars bonorum* de la legítima; y un retoque en la eventual predetracción por uno de los cónyuges de bienes gananciales por fallecimiento de su consorte.

²⁷ *Vid.* RODRÍGUEZ DÍAZ, I. *La empresa familiar en el ámbito del Derecho mercantil*. EDERSA. Madrid. 2000. Pp. 43 y sigs., sobre los aspectos de derecho mercantil de las empresas familiares, poniendo de relieve sus particularidades en cuanto al patrimonio, funcionamiento de los órganos sociales y causas de disolución.

²⁸ *Vid.* SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, A. y CALERO ARTERO, J. F. *La empresa familiar: Guía práctica de organización y funcionamiento*. Lexconsult. Ed. Comares. Granada 2000. p. 14. «A efectos de nuestro estudio consideramos la sucesión como el proceso que es necesario seguir para realizar el traspaso del poder de gestión y de la propiedad de la empresa a la siguiente generación, con la finalidad de garantizar su continuidad en manos de la familia, proceso que necesariamente tendrá una duración dilatada, que dependerá de las características y circunstancias de la familia empresaria y de la empresa familiar».

²⁹ En realidad el recurso al usufructo universal no se dirige al logro de la continuidad de la empresa, sino que responde al deseo, muy habitual, de que la situación de hecho del cónyuge no sufra alteraciones en lo patrimonial como consecuencia del fallecimiento del testador.

³⁰ Como excepción al carácter esencialmente personal de las disposiciones testamentarias y a la prohibición general de delegar la facultad de testar, el artículo 831,1, párrafo 1 del Código Civil establece: «Podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particional, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar». Normalmente la delegación de la facultad de mejorar y distribuir suele hacerse en testamento (hoy única vía posible) y aparece vinculada a un legado de usufructo universal a favor del propio cónyuge. Asimismo, merced a la libertad que concede su segundo párrafo para señalar plazo sin limitación, la delegación se confiere por toda la vida del cónyuge viudo, de modo que se coordina con el carácter vitalicio del usufructo vidual.

HUERTA TRÓLEZ en p. 113 considera que no es posible delegar la facultad particional de pago en metálico de legítimas del artículo 1.056,2.^o del Código Civil. Bien es cierto que el cónyuge del causante, en ejercicio de la fiducia sucesoria, puede hacer uso de la mejora en cosa determinada (la empresa o el paquete de control de la misma) que regula el artículo 829, obteniendo de esta forma como resultado el pago en metálico de los derechos de los demás legitimarios si no existen otros bienes suficientes en el caudal relicto. Pero existen importantes diferencias, ya que esta última vía no permite ni el aplazamiento del pago ni la aplicación de «*cualquier otro medio de extinción de las obligaciones a que se refiere el artículo 1056*.

*Vid. GARCÍA RUBIO M.^a P.: «La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la Facultad de Mejorar». *Anuario Derecho Civil 2008*.*

³¹ El legado de cosa específica puede ser un medio idóneo para la transmisión *mortis causa* de la Empresa Familiar, siempre que el caudal hereditario sea suficiente para cubrir al menos la legítima estricta del resto de herederos forzosos. Si se trata de la sucesión en una empresa individual la responsabilidad por el pago de las deudas de la empresa puede plantear complejos problemas jurídicos y contables, ya que el legatario no responde directamente del pago de las deudas hereditarias (aunque estas pueden llegar a afectar a la efectividad del legado), sino que son responsables de ellas los herederos, incluso con su propio patrimonio si aceptan la herencia pura y simplemente.

A la mejora en cosa determinada se refiere el artículo 829 del Código Civil: «La mejora podrá señalarse en cosa determinada. Si el valor de esta excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá este abonar la diferencia en metálico a los demás interesados». Hay que recordar aquí que la mejora no es una forma de llamamiento sucesorio. La sucesión se defiere únicamente a título universal o a título singular, es decir, a título de heredero o de legatario. La mejora es una parte de la legítima que el testador puede utilizar para su libre distribución entre sus hijos y descendientes. Esto significa que por regla general la mejora en cosa determinada no es sino un legado o, rara vez, una institución de heredero en cosa cierta que, por vía interpretativa de la voluntad del testador, del Código equipara al legado de cosa específica (art. 768). Lo interesante del artículo 829 es que prevé la posibilidad de pago en metálico a los demás interesados cuando el valor de la cosa objeto de mejora perjudique el *quantum* del resto de las legítimas.

*Vid. NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A. *Introducción al derecho agrario. Régimen jurídico de las explotaciones agrarias*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2005. Op. cit., p. 292. Otras vías para conservar la explotación. La explotación agrícola se puede atribuir por vía de legado de cosa específica y determinada del artículo 882 del Código Civil en relación con lo dispuesto en los artículos 821 y 822 del Código Civil que tienden a favorecer la conservación de la explotación.*

La explotación agrícola también puede ser objeto de mejora del supuesto contemplado en el artículo 829 del Código Civil que añade: si el valor de esta excediere del tercio destinado

a la mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, deberá este abonar la diferencia en metálico a los demás interesados.

También se señala la facultad de mejorar del artículo 831 como dispositivo que permite mantener la integridad de la explotación agrícola.

El supuesto de adjudicación de cosa indivisible o que desmerezca mucho por su división contemplado en el artículo 1062 también se contempla como dispositivo que puede favorecer la conservación de la explotación.

Por último, pero no menos importantes, son las reglas contempladas en los artículos 841 a 847 del Código Civil para el pago de la porción hereditaria en casos especiales. La transformación de la legítima en un valor económico permite realmente en el sistema del Código Civil conservar la explotación sin necesidad de acudir a lo dispuesto en el artículo 1056.

³² Si bien es posible que el testador disponga de toda su herencia distribuyéndola en legados (art. 891 CC), lo más conveniente, también lo habitual, es que el testamento contenga institución de heredero.

³³ El artículo 1056 parr. 2 en su redacción anterior a la Ley 7/2003, de 1 de abril, ya se interpretaba en este sentido. Tras la reforma, se especificó legalmente la naturaleza extrahereditaria de la compensación en metálico al resto de legitimarios en el supuesto de que en la herencia no hubiese más bienes o resultaren insuficientes. *Vid. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., Comentario al artículo 1056 del Código Civil. En Comentario del Código Civil, T. I, Madrid: Ministerio de Justicia, 1991, op. cit., p. 2480.*

³⁴ *Vid. FERNÁNDEZ TRESGUERRES. Op. cit., p. 260.*

³⁵ PARRA LUCÁN, M. A. Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio. AFDDUDC, 13, 2009, pp. 481-554. *Op. cit.*, p. 484. En los Derechos de sucesiones autonómicos no ha habido, desde la creación del sistema autonómico, modificaciones revolucionarias, pero sí puede afirmarse que todos los pasos dados apuntan hacia un reconocimiento cada vez mayor de la libertad de disponer y una restricción de la legítima, bien por los sujetos a los que se les reconoce, bien por la cuantía, bien por la naturaleza de los derechos de los legitimarios y las acciones previstas para su exigencia.

³⁶ NAVARRO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 290.

³⁷ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. *Transmisión mortis causa...*, pp. 257 y sigs.

³⁸ PARRA LUCÁN. *Op. cit.*, p. 486 afirma que el legislador, sin modificar el sistema general de las legítimas, permite a los testadores una mayor libertad de testar, que modifica el régimen de las legítimas con finalidades distintas (favorecer la permanencia de la empresa a pesar de la sucesión).

³⁹ Antes se entendía incluidos como padres a los ascendientes, si bien la limitación a este grupo de parientes había sido objeto de múltiples críticas.

⁴⁰ GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A. «La legítima en el Código Civil». *Op. cit.*, p. 117.

⁴¹ *Op. cit.*, pp. 220 a 221.

⁴² *Vid. LACRUZ BERDEJO. Derecho de sucesiones (Elementos de Derecho civil V). 5.^a edición. Bosch. Barcelona. 1993. BUSTO LAGO, J. M. Derecho de Sucesiones. Legislación, comentarios y jurisprudencia. Thomson. Pamplona. 2007. ROMÁN GARCÍA, A. Derecho de sucesiones. Instituciones de Derecho Civil español VII. Mc Graw Hill. Madrid. 1999.*

FERNÁNDEZ TRESGUERRES. *Op. cit.*, p. 283. En su conclusión 15 considera que la legítima, en cuanto subsista, es un derecho de crédito sin dejar de ser una *pars bonorum* si bien *in specie solvet*. El testador, contador-partidor o cónyuge delegado, deben concretar la forma de pago a los legitimarios, como única condición, en la que deben entenderse comprendidas las garantías de cumplimiento.

⁴³ FERNÁNDEZ TRESGUERRES, A. «La Ley 7/2003, ...».

⁴⁴ STS de 6 de marzo de 1945 (*RJ* 1945/272). A pesar de los años que han pasado desde que se dictó, se observa que está muy bien razonada y fundamentada, destacando su considerando 2.

⁴⁵ STS de 21 de julio de 1986 (*RJ* 1986/4575) y 21 de diciembre de 1998 (*RJ* 1998/9756).

⁴⁶ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, A. *Transmisión mortis causa de la condición de socio*. Thomson. 2008. *Op. cit.*, p. 242.

⁴⁷ Por interesados debe entenderse cualquier legitimario del testador y no solo el descendiente.

⁴⁸ NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A. *Introducción al derecho agrario. Régimen jurídico de las explotaciones agrarias*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2005. En sus pp. 284 y sigs. habla de la conservación de la integridad de la explotación. La conservación de la integridad de la explotación agrícola con ocasión de los cambios generacionales es una de las preocupaciones más sentidas en los últimos decenios. A esa preocupación se añade hoy la falta de relevo y sucesión en la titularidad de las explotaciones.

En España se encuentra una riqueza impresionante de ordenamientos, instituciones y figuras jurídicas que tratan de preservar esta integridad de la explotación agrícola, podemos verlo en Vizcaya, Navarra y Aragón.

Actualmente asistimos a un relanzamiento de la preocupación en general por la empresa familiar. Los sistemas hereditarios vertebrados en torno al principio de división igualitaria de la herencia y acompañados del principio de la intangibilidad de la legítima pueden producir consecuencias no deseadas en las estructuras agrarias de las sociedades modernas. Ha sido el caso de la mayor parte de las regiones españolas que han mantenido durante siglos explotaciones de pequeño tamaño. Navarro Fernández opina que no es el sistema hereditario en sí mismo el que produce efectos perversos o beneficiosos, sino las condiciones histórico-sociales concretas en las que opera en el conjunto del sistema social.

⁴⁹ TORRES GARCÍA, T. F. «Una aproximación al artículo 1056.II del Código Civil (Posible sucesión *mortis causa* de la empresa)». *Op. cit.*, p. 1661.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 274.

⁵¹ PALAZÓN GARRIDO, M. L. *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003. Pp. 98 y sigs.

⁵² NAVARRO FERNÁNDEZ, J. A. *Introducción al derecho agrario. Régimen jurídico de las explotaciones agrarias*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2005. P. 288. Al hablar de la atribución preferente de la explotación agrícola en la liquidación de la sociedad de gananciales. El artículo 1406, 2º del Código Civil dice que cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde este alcance: la explotación económica que gestione efectivamente. El precepto ha dado lugar a interpretaciones diversas en las que aquí no vamos a detenernos.

El término explotación económica es amplio, pudiendo equipararse al concepto empresa. Ha de tratarse de una explotación económica ganancial fundada durante la vigencia de la sociedad, por uno cualquiera de los cónyuges y a expensas de los bienes comunes. También es empresa ganancial la ya existente adquirida a título oneroso a costa del caudal común, ya se haga la adquisición para la comunidad o para uno solo de los cónyuges. También la adquirida constante la sociedad por uno de los cónyuges por precio aplazado si el primer desembolso tuviera carácter ganancial...

El artículo 1046 establece un límite para la atribución: «hasta donde alcance su haber». La doctrina mayoritaria es partidaria de suavizar la exigencia y permitir el pago de un suplemento al otro cónyuge o sus herederos, sin que sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 1062 del Código Civil en su caso, porque de lo contrario se desvirtuaría la finalidad de la atribución preferente.

No existe unanimidad en cuanto al momento de valorar los bienes y derechos: bien el de la disolución, bien el de la liquidación.

⁵³ GARCÍA DE PABLOS, J. F. Ley de titularidad compartida de las explotaciones agrarias. *Actualidad Jurídica Aranzadi*. Pamplona. 2011. Esta explotación agraria de titularidad compartida tendrá la consideración de explotación agraria prioritaria.

Vid. MILLÁN SALAS, F. *Instituciones sucesorias en el Código Civil que conservan integra una explotación agraria*, Ediása. 1999.

⁵⁴ PUIG BRUTAU, J. «El testamento del empresario». *RDP*. 1960. P. 850. El empresario testador debe considerar atentamente la conveniencia o inconveniencia de instituir herederos a quienes no deban recibir la empresa.

⁵⁵ TORRES GARCÍA, T. F. «Una aproximación al artículo 1056.II del Código Civil (Posible sucesión *mortis causa* de la empresa)». *Op. cit.*, p. 1661.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 1662.

⁵⁷ RUEDA ESTEBAN, L. «La modificación del artículo 1056 II C. Civil». Cuadernos de Derecho y Comercio núm. 59. Año 2003. Pp. 105 y sigs.

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 126.

⁵⁹ *Op. cit.*, p. 1264.

⁶⁰ *Vid. ESPEJO. Op. cit.*, p. 1267: «No entendemos el porqué de someter el pago a los demás legitimarios a un plazo tan amplio. Valga, no obstante el sistema, si con ello se consigue la conservación de la empresa; en cambio, si el aplazamiento se pudiera usar en los casos en que se transmitiera una sociedad de capital, el efecto de la reforma sobre el sistema de legítimas sería injustificado, por tratarse de un régimen incoherente con el sistema general y sin ninguna justificación objetiva. Este sería un nuevo argumento a favor de una interpretación del precepto en conexión con el sistema, lo que exige considerar que la finalidad del mismo es defender las explotaciones de una indeseable división, sin que se pueda generalizar al pago de la legítima en cualquier caso».

⁶¹ *Vid. ESPEJO. Op. cit.*, p. 1267, este aplazamiento es la innovación introducida en la nueva redacción.

⁶² *Vid. FERNÁNDEZ TRESGUERRES, op. cit.*, p. 262 que cita a Pantaleón y Vallet. Con arreglo al contenido de la legítima podrían entenderse diversas configuraciones de la legítima: que esta es *pars hereditatis*, la consecuencia es que el legitimario tiene derecho, como heredero, a una parte alícuota bruta de la herencia, tanto en el activo como en el pasivo; respondiendo, por consiguiente, de las deudas y cargas de la herencia; *pars valoris*, si la ley concede al legitimario un simple derecho de crédito, puramente personal, a pagar en dinero, por una cuantía que se determine según la participación que se le reconozca en el valor del caudal. El importe se calcula sobre el valor que tengan los bienes hereditarios a la muerte del testador, previa deducción del pasivo. *Pars valoris bonorum*, si no otorga al legitimario un simple derecho de crédito, sino que afecta como un gravamen real a todos y cada uno de los bienes de la herencia; *pars valoris bonorum qua in specie heres cohore debet*. Si los legitimarios son acreedores de valor pecuniario de los bienes que integran el patrimonio hereditario, fijado en el mismo momento en que fallece el causante. Este valor ha de ser satisfecho en bienes relictos, a diferencia de la legítima concebida como *pars valoris*. *Pars bonorum*, el legitimario es considerado como cotitular de los bienes del activo hereditario, una vez deducidas las cargas. Es cotitular de la comunidad hereditaria durante el periodo de liquidación y partición de la herencia, en cuanto su legítima no haya quedado satisfecha. Es el sistema general del Código Civil.

⁶³ *Op. cit.*, p. 262.

⁶⁴ LACALLE SERER. *Op. cit.*, p. 174.

⁶⁵ LACALLE SERER. Sobre la legítima *vid.*, pp. 166 y sigs.

⁶⁶ *Vid. STS de 8 de mayo de 1989 (STS 1989/3673), 26 de abril de 1997 (RJ 1997, 3542).*

⁶⁷ RDGRN, de 25 de febrero de 2008 (*RJ* 2008, 2791), Resolución de 1 de marzo de 2006 (*RJ* 2006, 3919).

⁶⁸ *Vid. CALATAYUD SIERRA, A. «La facultad del testador de imponer obligaciones a sus sucesores». Revista Jurídica del Notariado. Julio-septiembre 2010. Pp. 52 y sigs. sobre posibilidad de conmutar.*

⁶⁹ En consecuencia, el 1056.2 del Código Civil establece, en el supuesto de que no haya más bienes en la herencia, la compensación con activo extrahereditario al resto de herederos legitimarios.

⁷⁰ Artículo 1156. «Las obligaciones se extinguieren:

— Por el pago o cumplimiento. Por la pérdida de la cosa debida. Por la condonación de la deuda.

— Por la confusión de los derechos de acreedor y deudor. Por la compensación. Por la novación».

— La doctrina unánimemente ha entendido que este artículo no es una enumeración exacta y caben otros supuestos.

⁷¹ *Vid.* RUEDA, pp. 138 y sigs.

Es también la gran creación del legislador de 2003: «*podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones*», con lo que acudimos al 1.156 y encontramos formas de extinción en cuanto sean aplicables.

⁷² *Op. cit.*, p. 130.

⁷³ Artículo 1084.1 del Código Civil: «*Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio.*

⁷⁴ Artículo 1137 del Código Civil: «La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquellos tenga derecho a pedir, ni cada uno de estos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Solo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria».

⁷⁵ Artículo 1143 del Código Civil: «La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hechas por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los deudores de la misma clase, extinguén la obligación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1146. El acreedor que haya ejecutado cualquiera de estos actos, así como el que cobre la deuda, responderá a los demás de la parte que les corresponde en la obligación».

⁷⁶ *Op. cit.*, p. 1268.

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 136.

⁷⁸ *La cláusula contenida en el testamento de D.^a Leonor podía dar lugar a dos posibles soluciones: 1.^a La aplicación de los artículos 841 y sigs. del Código Civil, porque se ha producido la adjudicación del único bien de la herencia y se obligó a los legatarios-adjudicatarios a pagar la legítima de los demás en dinero... En consecuencia de todo lo anterior, debe concluirse que el cuaderno particional llevado a cabo por el contador partidor es válido y debe ser elevado a escritura pública».*

2.^a Aplicar el artículo 1056 del Código Civil, único vigente en el momento en que la causante otorgó su testamento. Esta solución tropieza asimismo con diversas dificultades, tales como que la norma que rige la sucesión es la vigente en el momento del fallecimiento del causante, no la del otorgamiento del testamento y D.^a Leonor falleció estando vigentes los artículos 841 y sigs. del Código Civil, así como que en realidad el artículo 1056 del Código Civil resulta difícil de aplicar por no tratarse de una partición en sentido estricto.

La sucesión creó una comunidad hereditaria que no se extendió al único bien inmueble, que quedó excluido al haberse legado a los hijos que se dedicaban a su explotación y que adquirieron su propiedad desde la muerte del causante, según dispone el artículo 822.1 del Código Civil. Este legado estaba gravado con la carga del pago de las legítimas a los demás legitimarios...

⁷⁹ *Op. cit.*, p. 131.

⁸⁰ Artículo 847 del Código Civil: «*Para fijar la suma que haya de abonarse a los hijos o descendientes se atenderá al valor que tuvieren los bienes al tiempo de liquidarles la porción correspondiente, teniendo en cuenta los frutos o rentas hasta entonces producidas. Desde la liquidación, el crédito metálico devengará el interés legal.*

⁸¹ *Op. cit.*, p. 132.

⁸² *Op. cit.*, p. 137.

⁸³ De la inicial terminología «sucesión contractual» se ha pasado a la de «pactos sucesorios», más acorde con la realidad.

⁸⁴ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: *Derecho de Sucesiones*. Tomo III, Bosch Casa Editorial. Barcelona, 1994. *Op. cit.*, p. 517.

⁸⁵ *Vid.* GARCÍA MEDINA, J. *Panorama de la sucesión contractual mortis causa.* BIB 2003/1293. Aranzadi. 2003.

⁸⁶ Debe recordarse que, a pesar de la vigencia de la prohibición general de los pactos sucesorios plasmada por el artículo 1271.2 del Código Civil, la Ley estatal 49/1981, de 24 de diciembre, del Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes, llegó a admitir este tipo de pactos, los cuales, sin embargo, no tuvieron prácticamente ninguna clase de repercusión práctica en los catorce años que estuvo vigente. Esta posibilidad, además, se suprimió con la Ley 19/1995, de 14 de julio.

⁸⁷ *Vid.* GINES CASTELLET, N. Los pactos sucesorios en Cataluña: entre la tradición y la innovación. AC. Núm. 5. La Ley. Marzo 2011.

⁸⁸ *Op. cit.*, pp. 133 y sigs.

⁸⁹ *Op. cit.*, p. 1267.

⁹⁰ La posibilidad de permitir al beneficiario que satisfaga de manera aplazada a los demás la legítima es un criterio realista que trata de evitar la descapitalización de la empresa y permitir que realmente pueda conservarse sin necesidad de venderla para satisfacer el pago.

⁹¹ STS de 4 de noviembre de 2008 (*RJ* 2008, 589). Asimismo, destaca la jurisprudencia (así, sentencia de 21 de julio de 1986 [*RJ* 4575] y de 21 de diciembre de 1998 (*RJ* 9756)) que la partición hecha por el testador se entiende sin perjuicio de las acciones de impugnación que el artículo 1075 en relación con el 1056 del Código Civil concede a los legitimarios en la hipótesis de que perjudique sus legítimas o aparezca que fue otra la voluntad del testador.

En el presente caso, la testadora previó que hubiera una desigualdad entre el valor de los bienes atribuidos a una u otro de sus hijos, en cuyo caso el mayor valor de uno de los dos impuso que «se impute como legado o mejora en favor del que resulte beneficiado».

⁹² La respuesta casacional se da en tres partes.

La primera, es la reconocida e indiscutible soberanía de la voluntad del testador en la disposición *mortis causa* de su patrimonio; es el verdadero fundamento de la sucesión testada que se basa en el principio de la propiedad privada en cuanto transmisible *mortis causa* y en el principio de la autonomía de la voluntad, ambos reconocidos en el Código Civil, artículo 33.1 y deducidos del artículo 658, primer párrafo, primer inciso, del Código Civil. Lo que tiene el límite a la facultad de disponer *mortis causa*, establecido en el artículo 808 del Código Civil que es la legítima, que es intangible cuantitativamente y cualitativamente, conforme añade el artículo 813.

La segunda es que la partición es la división del patrimonio hereditario que puede ser hecha por el testador de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1056, primer párrafo, del Código Civil con lo que no extingue la comunidad hereditaria, sino que la evita. Lo que es distinto al caso en que ordena que determinado bien o que determinados bienes, muchos o pocos, se adjudiquen a unos u otros de sus herederos, incluyéndose en la porción que deba percibir cada uno de ellos (es el caso que contempla la sentencia de 7 de septiembre de 1998 [*RJ* 6395]), por lo que se dará la comunidad hereditaria, que deberá dividirse por medio de la partición encomendada, en el caso presente, a un contador-partidor. Es decir, este caso no es una partición hecha por el testador.

La tercera, que es que estas disposiciones o adjudicaciones, verdaderas normas particonales, son obligatorias, de obligado cumplimiento, a salvo en todo caso las legítimas. Es decir, consecuencia de los puntos anteriores, se da la obligatoriedad de las disposiciones particonales del testador. Así se desprende de la sentencia de 25 de enero de 1971 (*RJ* 288) y reitera la de 8 de marzo de 1989 (*RJ* 2023) que afirma, esta última, que las adjudicaciones deben respetarse dentro de los límites legales, aunque no se puedan calificar como partición, reservando la práctica de las operaciones particonales respecto de los demás bienes al contador-partidor nombrado de forma expresa. Lo cual ya lo habían declarado las sentencias de 9 de marzo de 1961 (945) y 15 de febrero de 1988 (1987), que insisten en que las disposiciones del testador serán vinculantes en tanto en cuanto no perjudiquen la legítima.

Aplicando lo anterior al caso presente, aparece una voluntad inequívoca del testador, soberano de su propia sucesión *mortis causa*, que partiendo de la institución de herederos a favor

de sus tres hijos (cláusula segunda) no lo hace por partes iguales,...en todo caso, respetando la legítima, que la sentencia de instancia ha declarado que no se lastimó. En definitiva, el hijo varón, demandante y recurrente en casación, se ha sentido discriminado y perjudicado, pero lo ha sido por disposición expresa, clara y correctamente interpretada en la instancia, por el testador, que le ha respetado su legítima estricta».

(Trabajo recibido el 26-12-2013 y aceptado para su publicación el 20-2-2014)