

La sucesión en la empresa familiar

por

VANESSA GARCÍA HERRERA

Profesora ayudante Doctor

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. SUJETOS DE LA FACULTAD CONCEDIDA POR EL ARTÍCULO 1056, PÁRRAFO 2.º, DEL CÓDIGO CIVIL:
 1. SUJETO ACTIVO: EL TESTADOR.
 2. SUJETOS PASIVOS:
 - A) *El adjudicatario de la explotación económica o de las acciones o participaciones que otorguen el control de una sociedad de capital o grupo de estas.*
 - B) *Los perceptores del metálico.*
- III. OBJETO: LA EXPLOTACIÓN ECONÓMICA Y LAS ACCIONES O PARTICIPACIONES QUE OTORGUEN EL CONTROL DE UNA SOCIEDAD DE CAPITAL O GRUPO DE ESTAS. REQUISITOS: EXISTENCIA Y TITULARIDAD.
- IV. ASPECTOS FORMALES DE LA ADJUDICACIÓN:
 1. NECESIDAD DE UN TESTAMENTO PREVIO, SIMULTÁNEO O POSTERIOR A LA PARTICIÓN.
 2. MODALIDADES DEL ACTO PARTICIONAL.
 3. IRRELEVANCIA DE LA APROBACIÓN JUDICIAL.
- V. CAUSA DE LA ADJUDICACIÓN: LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA Y EL INTERÉS DE LA FAMILIA.
- VI. PAGO EN METÁLICO DE LA LEGÍTIMA DE LOS DEMÁS INTERESADOS:
 1. PAGO CON METÁLICO EXTRAHEREDITARIO.
 2. FIJACIÓN DEL *QUANTUM* DE LA LEGÍTIMA Y DE LA PORCIÓN HEREDITARIA DE LOS DEMÁS INTERESADOS EN LA SUCESIÓN.
 3. PLAZO PARA EL PAGO. APLAZAMIENTO Y FRACCIONAMIENTO DEL PAGO.
 4. FORMAS DE PAGO.
- VII. GARANTÍAS DE LOS DEMÁS INTERESADOS PARA EL COBRO DE SUS DERECHOS.

I. INTRODUCCIÓN

Por el hecho de la muerte del causante, los herederos adquieren la misma posición en la titularidad activa o pasiva de sus relaciones jurídicas, los poderes y facultades que podía ejercitar, y las obligaciones que debía cumplir. En consecuencia, la extinción de la personalidad del *de cuius* corre pareja con la asunción, por parte de sus herederos, de las referidas titularidades, evitando así la existencia de patrimonios sin sujeto (*res nullius*), aun cuando pueda existir una situación interina en la administración y detentación —en el caso de ser varios los llamados a la sucesión a título universal— durante la cual se establezca una comunidad sobre los bienes relictos que durará, como regla general, hasta la partición.

La partición es el acto o negocio jurídico en cuya virtud se extingue la situación de comunidad hereditaria, ya sea atribuyendo a cada coheredero una parte del caudal relictos, ya sea creando una comunidad voluntaria sobre todos o parte de los bienes, o incluso una sociedad civil o mercantil a la que los herederos aporten, cada uno, su derecho hereditario. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 29 de mayo de 1958, dispuso que por medio de la partición la cuota ideal e indivisa de cada heredero se transforma en otra específica o concreta, proclamándose el derecho a la división en el artículo 1051 del Código Civil con las especialidades que allí se establecen.

La partición puede ser realizada judicialmente (art. 1059 CC) o en forma voluntaria; en el último de los supuestos mencionados, puede llevarse a cabo por el propio testador por medio de negocio jurídico *inter vivos* o *mortis causa* (art. 1056 CC), por medio de comisario o contador nombrado por el testador en testamento (art. 1057, párr. 1.º CC y SSTs de 25-4-1963, 17-6-1963 y 25-4-1994), por el contador-partidor dativo a que se refiere el artículo 1057, párrafo 2.º, del Código Civil, y por los propios coherederos, por sí mismos o por medio de personas nombradas a tal fin (art. 1058 CC).

A la partición realizada por el propio testador, que es la que ocupa nuestra atención en el presente trabajo, se refiere el artículo 1056 del Código Civil en los siguientes términos: «*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 forzosos.*

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 párrafo 1.º del precepto reproducido conserva su redacción originaria; en cambio, no ocurre lo mismo respecto del párrafo 2.º, que fue objeto de modificación en virtud de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, y que en su redacción originaria rezaba: «El padre que, en interés de su familia, quiera conservar indivisa una explotación agraria, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos» (1). Con la reforma operada, no solo se ajusta la redacción de este precepto a la nueva realidad socio-económica, sino que además se introducen delimitaciones y ampliaciones subjetivas, objetivas y formales, que facilitan la sucesión generacional de la empresa y preservan su indivisión.

La Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, «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, 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». A tal efecto, introduce «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

(1) Este precepto aparece por primera vez en el artículo 1073 del Anteproyecto 1882-1888, que en el texto definitivo adoptó la numeración de 1056. Pero esto no significa que carezca de precedentes; por el contrario, encuentra dos antecedentes en Derecho romano: el *testamentum parentum inter liberos* (desde Constantino, el *pater familia* podría distribuir las cuotas entre sus descendientes sin respetar las formalidades testamentarias) y la *divisio inter liberos* (en cuya virtud el *pater* distribuía bienes concretos con carácter de acto particional). En el Derecho castellano cabe citar las Leyes 19 y 20 de Toro, que permitían al testador señalar cosas singulares para satisfacer las mejoras de tercio o quinto. Por su parte, la Partida 6, 10-2, facultaba al heredero para extraer su legítima de la cosa «si esta fuere tal que se pudiera partir sin daño y sin mal», de donde resultaba la indivisión de la cosa en el supuesto contrario. Por último, en el Proyecto de 1851, el artículo 650 (que conforma el actual art. 821 CC) estableció, para el legado que no admitiera cómoda división, la posibilidad de abono en dinero del respectivo haber, y el artículo 681 (que forma el actual art. 829 CC), que en el supuesto de que la mejora se señalara en cosa determinada, si el valor de esta excedía del tercio destinado a mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, este debía abonar la diferencia en metálico a los demás interesados.

de la unidad productiva (2) 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.» (3).

II. SUJETOS DE LA FACULTAD CONCEDIDA POR EL ARTÍCULO 1056, PÁRRAFO 2.º, DEL CÓDIGO CIVIL

1. SUJETO ACTIVO: EL TESTADOR

El artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, faculta al *testador* para realizar la partición de sus bienes, de forma que se preserve la indivisión de una explotación económica o se mantenga el control de una sociedad de capital o grupo de estas, «*disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados*».

Mediante el empleo del término *testador* queda delimitado, tanto el ámbito subjetivo activo de la facultad concedida por el citado precepto, como el vehículo formal adecuado para su ejercicio (4).

Por lo que se refiere a la delimitación subjetiva, la palabra *testador* debe ponerse en relación con la expresión *demás interesados*, empleada por el mismo precepto, de donde resulta que debe tratarse de un *testador* que tenga herederos forzosos o legitimarios, cualquiera que sea el parentesco con respecto a los mismos (ascendientes, descendientes o cónyuge), puesto que, en el supuesto contrario, no se plantearía problema alguno.

Desde un punto de vista formal, el empleo del término *testador* revela la necesidad de un testamento como vehículo adecuado para ejercer la facultad concedida por el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil. Aun cuando nos ocuparemos de esta cuestión en el epígrafe IV, conviene advertir que la partición realizada *ex* artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, precisa del refrendo de un testamento previo, simultáneo o posterior.

(2) Merced a la D.F. 1.ª de la Ley 7/2003, de 1 de abril, resultan modificados los artículos 1056, párrafo 2.º, 1271, párrafo 2.º y 1406.2.º, todos ellos del Código Civil.

(3) Exposición de Motivos II, párrafos 4.º y 6.º

(4) Sobre esta cuestión vid. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., «La Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada», en *La Ley*, año XXV, núm. 5939, viernes 23 de enero de 2004, pág. 4; *Transmisión mortis causa de la condición de socio. Un estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, Aranzadi, Navarra, 2008, pág. 266.

2. SUJETOS PASIVOS

La facultad concedida por el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, tiene un sujeto pasivo doble: por un lado, el favorecido con la explotación económica o con el control de una sociedad de capital o grupo de estas, y, por otro lado, los *demás interesados*.

a) *Adjudicatario de la explotación económica o de las acciones o participaciones que otorguen el control de una sociedad de capital o grupo de estas*

En principio, y dado que el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, no lo prohíbe, puede ser beneficiario de la explotación económica o de las acciones o participaciones que otorguen el control de una sociedad de capital o grupo de estas cualquiera, incluso un extraño (no legitimario). El repetido precepto habla del pago en metálico *a los demás interesados*, y no «a los demás legitimarios».

En contra de esta opinión, PALAZÓN GARRIDO (5) sostiene que el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil solo permite que el testador nombre adjudicatario a cualquier legitimario (y no a cualquier persona), es decir, a descendientes, a falta de estos, ascendientes y cónyuge. Los argumentos que utiliza en apoyo de su postura pueden sintetizarse del siguiente modo:

- *Argumento literal*. Sostiene que la palabra clave no es *interesados*, sino *demás*, que debe ponerse en relación con el término *legítima*, de suerte que, a su juicio, que haya más (o demás) interesados en la legítima supone que hay otro, que es precisamente el que ha recibido la empresa, ya que en otro caso se diría «que se pague en metálico su legítima a los interesados».
- *Argumento sistemático*. Considera poco factible que la intangibilidad cualitativa de la legítima, que hasta ahora solo había cedido ante otro legitimario (vid. arts. 829, 841 y sigs., todos ellos del CC), ahora lo haga ante un extraño.
- *Argumento económico*. Entiende que sería perjudicial desde un punto de vista económico para el propio beneficiario de la explotación o del paquete de acciones o participaciones, y para demostrarlo pone el ejemplo de que el extraño concorra con descendientes del testador, en cuyo caso podría corresponderle, como máximo, un tercio de la herencia (el tercio de libre disposición), por lo que tendría que compensar dos tercios en metálico (los tercios de legítima estricta o corta y de legítima larga o mejora).

(5) *Protección del patrimonio familiar*, coordinador: Francisco Javier SÁNCHEZ CALERO y Rosa GARCÍA PÉREZ, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, págs. 316 a 319.

- *Argumento legal.* Opina que la Ley 7/2003 tiene por trasfondo y eje la empresa familiar, por lo que una interpretación que propiciara la transmisión de la propiedad fuera de la familia resultaría ilógica.

También otorga fuerza a este argumento legal RUEDA ESTEBAN (6), quien, en orden a la posibilidad de designar beneficiario a un tercero extraño, afirma que su razón como jurista se divide, ya que por una parte, la doctrina y la jurisprudencia clásicas, así como la Exposición de Motivos, se refieren al «entorno familiar»; pero, por otra, una lectura aséptica del precepto, tomando como base para su interpretación exclusivamente la literalidad del mismo, conduce a la conclusión de que puede ser adjudicatario un extraño.

Cuando el artículo 1056, párrafo 2.º, de Código Civil, habla de pagar en metálico *su legítima a los demás interesados*, se refiere a todos aquellos sujetos que, además del adjudicatario, están *interesados* en la sucesión en cuanto destinatarios de los tercios de legítima estricta, mejora y libre disposición. En definitiva, de dicha expresión no puede inferirse que el adjudicatario o beneficiario deba ser un legitimario, decayendo, de este modo, el argumento literal empleado por PALAZÓN GARRIDO.

Consecuencia de lo anterior es la improcedencia del argumento sistemático; el legislador ha querido sacrificar el sistema legitimario regulado en los artículos 806 y siguientes del Código Civil, en pro de la conservación de la empresa; en otras palabras, el interés de los legitimarios se hace ceder ante el interés del testador por preservar indivisa una explotación económica o por mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas.

El argumento económico no es suficiente para excluir que pueda designarse como adjudicatario a un extraño. El testador podrá concederle un aplazamiento (*«siempre que este no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador»*), facilitándole así tiempo para recaudar fondos, incluso a través de la empresa adjudicada, con que pagar a los demás interesados su parte. Además, el beneficiario podrá servirse de los demás modos de extinción de las obligaciones previstos en el artículo 1156 del Código Civil, para cumplir dicho pago. En última instancia, si estimara que le resulta perjudicial el abono de dichas cantidades, siempre podrá renunciar a la herencia.

Por último, respecto del argumento legal, debe advertirse que, aun cuando es cierto que la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, de acuerdo con su Exposición de Motivos, tiene como eje la empresa familiar, no es menos cierto que los Preámbulos y Exposiciones de Motivos no tienen valor normativo, sino meramente interpretativo (interpretación auténtica), la in-

(6) *La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil*, Cuadernos de Derecho y Comercio, 39, junio de 2003, págs. 116 y 117.

interpretación que lleva a cabo de la ley el propio legislador, y que del articulado definitivo de dicha Ley ha desaparecido toda referencia a la «empresa familiar». Si se designa adjudicatario a un extraño, ya no habrá «empresa familiar», pero el legislador ordena que se preserve como unidad económico-productiva. El acento debe ponerse, por tanto, en el *primum* la empresa (7).

En síntesis, puede ser beneficiario cualquier sujeto, ya sea legitimario (descendientes, ascendientes y cónyuge viudo), o no, y, en este último supuesto, ya sea un no legitimario familiar del testador (como por ejemplo un nieto), o un extraño.

Por lo que se refiere a su posición jurídica, habrá que distinguir según que el adjudicatario sea o no un legitimario (8). Mas debe adelantarse que la cuestión se suscitará cuando el testador no haya manifestado su voluntad al respecto, ya que si imputó la adjudicación de la explotación o del paquete de acciones o participaciones sociales en los tercios correspondientes, o puntualizó el o los tercios que habrían de pagarse en metálico a *los demás interesados*, no se planteará problema alguno.

En el caso de que el beneficiario fuera un legitimario, la cuestión se suscita respecto de los tercios de mejora y de libre disposición.

En cuanto al tercio de mejora, si el adjudicatario es un legatario, se resolverá en sede de imputación merced a la aplicación del artículo 828 del Código Civil, en cuya virtud solo se entenderá que ha sido mejorado «*cuando el testador haya declarado expresamente ser esta su voluntad, o cuando no quepa en la parte libre*»; y si es un heredero, habrá que estar igualmente a la voluntad del testador, debiendo entenderse —mientras que el testador no haya dispuesto lo contrario— que aquel ha sido mejorado, constituyendo esta una de las mejoras tácitas permitidas por nuestro Código Civil. En este sentido se pronunció nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 18 de junio de 1982, en la que resolvió que el adjudicatario, dado que la voluntad de la testadora era la de conservar indivisa la empresa, y el gravarla con elevadas cantidades hace

(7) En este sentido, vid. GARRIDO DE PALMA, V. M., «Los actuales artículos 821 y 1056.2.º del Código Civil. Aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas», en *RJN*, núm. 55, julio-septiembre de 2005, págs. 132 y 133. Opina además el citado autor que en este punto «existe una clara extrapolación, a la vista de la recomendación que de la Comunidad Europea viene desde Bruselas: que los Estados miembros antepongan el principio de la conservación de la empresa *dentro de la familia* sobre el específico interés de los legitimarios a bienes de la herencia en todo caso. Con lo que el nuevo precepto va más allá de la posibilidad de elegir el familiar idóneo para la empresa y al hacerlo deja en el aire la coordinación con el actual régimen fiscal especial, lo cual también ha recibido el toque de atención desde Bruselas en el sentido de fomentar la transmisión de empresas a los empleados, si ello se considera lo mejor».

(8) Sobre esta cuestión, vid. RUEDA ESTEBAN, L., *ob. cit.*, págs. 126 y 127; MILLÁN SALAS, F., «La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código Civil», en *AC*, T. 2003-4, págs. 1181-1183; y PALAZÓN GARRIDO, M., *ob. cit.*, págs. 339 y 340.

peligrar su continuidad, debía entenderse mejorado, de suerte que solo debía pagar al legitimario demandante la cuota de legítima estricta (9).

En lo que atañe al tercio de libre disposición, salvo que se deduzca que ha sido otra la voluntad del testador, debe entenderse que el adjudicatario legitimario ha sido instituido en dicho tercio.

De todo lo anterior resulta que el beneficiario legitimario deberá abonar en metálico a los *demás interesados* únicamente la cuota correspondiente a la legítima corta o estricta.

También es posible que sea beneficiario el cónyuge viudo, en cuyo caso habrá que distinguir dos supuestos:

- Si concurre con hijos o descendientes, «*tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora*» (art. 834 CC), y puede —si así lo desea el testador— tener la propiedad del tercio de libre disposición, de manera que, en tal supuesto, tendría que pagar a los *demás interesados* las cuotas correspondientes a la legítima estricta y a la nuda propiedad del tercio de mejora.
- Si concurre con ascendientes, «*tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia*» (art. 837 CC). Dado que la legítima de los padres y ascen-

(9) De acuerdo con su Considerando 2.º, «establece el artículo 808 del Código Civil, que “la legítima de los hijos y descendientes legítimos está constituida por las dos terceras partes del haber hereditario del padre y de la madre”, añadiendo que “sin embargo, podrán estos disponer de una parte de las dos que forman la legítima para aplicarla como mejora a sus hijos y descendientes legítimos”, especificándose en el artículo 823 del propio cuerpo legal, “el padre o la madre podrán disponer a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes de una de las dos terceras partes destinadas a legítimas”, denominándose a “esta porción mejora”, a la luz de cuyos preceptos se deduce que como quiera que en tales supuestos la parte disponible a favor de los descendientes no queda limitada al tercio libre, sino a los dos tercios del haber, esto es, que el segundo tercio es legítima frente a extraños, pero no contra los descendientes del testador, que cuenta para distribuir entre los descendientes con tales dos tercios: el libre y el de mejora; si bien este último está afecto a las limitaciones establecidas en los artículos 825 y 828, determinantes de que para que la mejora se considere como tal habrá de declararlo así el testador expresamente, sin que en ningún caso esto haya de ser entendido, en el rígido sentido de que el testador venga obligado necesariamente a utilizar la palabra mejora, para que la misma pueda estimarse verificada, pues ello significaría tanto como extender el alcance del precepto sustantivo a una sacramentalidad, que ni de su texto, ni de su contenido, interpretados a la luz de la normativa de los artículos 1.281 y siguientes del propio Código, exigen, sino que habrá de ser el contenido del testamento, el que pondrá de relieve si en su clausulado existe o no una voluntad expresa de mejorar, debiendo afirmarse que tal voluntad es patente, cuando el causante se haya manifestado de una forma tan contundente y reiterada que sea incompatible con la negación de los efectos de la mejora, sin que ello pueda entenderse como forma tácita de expresión de voluntad del causante, que implique la existencia de una voluntad que, aunque no gamaticalmente manifestada, sí aparezca directamente comprobada, sino como una declaración expresa e implícita de la exteriorizada voluntad de mejorar, que no pierde tal condición por el hecho de que no se haya empleado la palabra mejora».

dientes, cuando concurren con el cónyuge viudo, es de una tercera parte de la herencia (art. 809 CC), este último podría tener la propiedad de los otros dos tercios, de forma que, en tal supuesto, solo tendría que pagar a los *demás interesados* la cuota correspondiente a un tercio de la herencia.

Por último, si el instituido como adjudicatario fuera un extraño, y salvo que sea otra la voluntad del testador, habrá que entender que este ha sido instituido en el tercio de libre disposición, de suerte que tendrá que pagar a los *demás interesados* las cuotas correspondientes a los tercios de legítima estricta y de mejora.

Resta aclarar si pueden ser adjudicatarios varios sujetos. La respuesta debe ser afirmativa, principalmente, por los dos motivos siguientes: por un lado, porque puede ocurrir que tal solución sea la conveniente para conservar indivisa la explotación (10), y por otro, porque de esta manera se facilita el pago de su cuota a los *demás interesados*.

b) *Los perceptores del metálico*

Los perceptores del metálico son los *demás interesados*. Sobre quiénes sean dichos *interesados*, la doctrina se divide en dos direcciones:

- Quienes sostienen que los *demás interesados* son los legitimarios (hijos y descendientes, ascendientes y, por extensión, el cónyuge) (11).
- Quienes defienden que los *demás interesados* son tanto los legitimarios como los beneficiarios de los tercios de mejora y de libre disposición. En este sentido se manifiesta MILLÁN SALAS (12), a cuyo juicio «el pago en metálico se tiene que hacer, dependiendo de cada caso, a quienes sean legitimarios del testador y a los beneficiarios de los tercios de mejora y de libre disposición, en cuanto el valor de la explotación económica, de las acciones o de las participaciones sociales abarque cuantía imputable

(10) Nos mostramos disconformes, por lo tanto, con la opinión sostenida por MILLÁN SALAS (*ob. cit.*, pág. 1183), a cuyo juicio «existen argumentos para sostener una respuesta tanto afirmativa como negativa. Si se da una respuesta afirmativa se podría alegar el interés de la familia de preservar indivisa una explotación económica; por la negativa se podría alegar que preservar indivisa una explotación económica o mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas equivale a conservarla en manos de una persona individual». Entendemos, con RUEDA ESTEBAN (*ob. cit.*, pág. 117), que el fin de la norma es preservar indivisa la explotación, y ello puede lograrse tanto adjudicándola a uno como a varios, siempre que estos continúen con el negocio.

(11) En este sentido se pronuncian, entre otros, FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS GARCÍA, A., *La Ley 7/2003...*, cit., pág. 5, y *Transmisión...*, cit., págs. 266 y 267; PALAZÓN GARRIDO, M. L., *ob. cit.*, pág. 319; y RUEDA ESTEBAN, L., *ob. cit.*, pág. 117.

(12) *Ob. cit.*, págs. 1183 y 1184.

a las cuotas de unos y otros, y no se les haya adjudicado la explotación económica, las acciones o las participaciones sociales. Dentro de los legitimarios se incluye al cónyuge viudo, pues si los herederos pueden satisfacer al cónyuge su parte de usufructo mediante un capital en dinero (arts. 839 y 840), con mayor razón podrá el testador, en interés de la familia, imponer el pago en metálico».

Nosotros somos partidarios de la opinión mantenida por MILLÁN SALAS, y, en consecuencia, consideramos que el término *interesados* empleado por el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, debe abarcar a todo sujeto llamado (por cualquier título) a la herencia, ya sea como destinatario del tercio de legítima estricta, ya como adjudicatario de los tercios de mejora y de libre disposición.

A nuestro modesto parecer, no debe adjudicarse al término *legítima* («*disponiendo que se pague en metálico su legítima*») una importancia tal que deba interpretarse en su literalidad, determinando así una restricción o limitación del ámbito subjetivo pasivo de la facultad consagrada en el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil; a nuestro juicio, el legislador emplea la palabra *legítima* para realzar la importancia que ya en el párrafo 1.º de dicho precepto («*en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos*») otorga a la legítima de los herederos forzosos.

III. OBJETO: LA EXPLOTACIÓN ECONÓMICA Y LAS ACCIONES O PARTICIPACIONES QUE OTORGUEN EL CONTROL DE UNA SOCIEDAD DE CAPITAL O GRUPO DE ESTAS. REQUISITOS: EXISTENCIA Y TITULARIDAD

El artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, menciona, como objeto de la facultad partitiva conferida al testador en el párrafo primero del mismo precepto, la explotación económica y las acciones o participaciones sociales que otorguen el control de una sociedad de capital o grupo de estas.

Para que la adjudicación sea válida, se precisa que la explotación económica o las acciones o participaciones sociales existan, y que sean de la titularidad del testador.

1. EXISTENCIA DE LA EXPLOTACIÓN O DE LAS ACCIONES O PARTICIPACIONES SOCIALES. EFECTOS DE SU INEXISTENCIA

La explotación económica puede definirse de varias formas: conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular en el ejercicio de una actividad económica, primordialmente con fines de mercado, y que

constituye en sí misma una unidad técnico-económica (13); organización de factores muy diversos destinada a la producción o a la mediación de bienes y servicios para el mercado, que constituye una unidad económica y funcional y objeto unitario susceptible como tal de tráfico jurídico (14).

No es necesaria una prueba terminante de la existencia de la explotación, ya que, como afirmó la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de mayo de 1951, en su Considerando tercero, constando la explotación, «ya en el testamento, constituye una situación jurídica que no necesita más prueba, sino que por el contrario son los que la impugnan los que tienen que demostrar los hechos en que basen su impugnación en virtud del principio recogido en el artículo 1214 del Código Civil».

Las sociedades de capital son, en el ordenamiento jurídico español, la sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad limitada y su subespecie de nueva empresa, y la sociedad comanditaria por acciones. Dado que se habla de *sociedades de capital* sin efectuar distinción ni exclusión alguna, dentro del término deben entenderse comprendidas tanto las productivas como las no productivas (o de tenencia de bienes o meramente patrimoniales) (15), y tanto las formadas por un solo socio (unipersonales) como las formadas por una pluralidad de ellos (pluripersonales).

No obstante, como pone de relieve MILLÁN SALAS (16), existen ciertas restricciones estatutarias a la transmisibilidad de las acciones en las sociedades de capital, así:

- a) En las sociedades anónimas y en las comanditarias por acciones, es posible rechazar la inscripción de la transmisión (*mortis causa*) bien presentando al heredero adjudicatario un adquirente, bien ofreciéndose ellas mismas a adquirirlas por su valor real al tiempo de solicitarse la inscripción (arts. 64 LSA y 152 CdC). Debe advertirse que las restricciones estatutarias serán aplicables a las adquisiciones *mortis causa* solo cuando así lo establezcan expresamente los estatutos.
- b) En las sociedades de responsabilidad limitada y en su subespecie de responsabilidad limitada nueva empresa, la adquisición de alguna participación social atribuye al heredero la condición de socio. No obstante, los estatutos pueden establecer un derecho de adquisición a favor de los

(13) MILLÁN SALAS, F., *ob. cit.*, pág. 1184.

(14) PALAZÓN GARRIDO, M. L., *ob. cit.*, pág. 322.

(15) Como muy bien dice PALAZÓN GARRIDO, M. L. (*ob. cit.*, pág. 323) —con cita de FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A.— «no establece el Código Civil restricción ni limitación alguna, por lo que parece que podría utilizarse la facultad también en presencia de sociedades no productivas, como aquellas meramente patrimoniales o de tenencia de bienes, siempre que cumplan el requisito de ser sociedad de capital».

(16) *Ob. cit.*, págs. 1184 y 1185.

socios, y, en su defecto, a favor de la sociedad, por el valor razonable de las participaciones el día del fallecimiento del socio. La valoración se regirá por lo dispuesto en el artículo 100 LSRL y el derecho de adquisición deberá ejercitarse en el plazo máximo de los tres meses a contar desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria (art. 32 LSRL).

En el supuesto de que llegara a demostrarse que la explotación económica o las acciones o participaciones sociales adjudicadas por el testador no existen, la adjudicación deberá declararse nula por falta de objeto, y, en consecuencia, deberá llevarse a cabo una nueva partición conforme a las reglas generales consagradas en los artículos 1061 y siguientes del Código Civil.

2. TITULARIDAD. ADJUDICACIÓN DE BIENES GANANCIALES

El artículo 1056, párrafo 1.º, del Código Civil, faculta al testador expresa y literalmente para llevar a cabo *la partición de sus bienes* (17). De ello se infiere que la explotación económica o el paquete de acciones o participaciones sociales deben ser de la titularidad del testador. En este sentido se pronuncia nuestro Tribunal Supremo en sentencia de 7 de diciembre de 1988: «la partición, que como una más de las clases o formas de partición hereditaria, puede hacer el testador conforme al artículo 1056 del Código Civil, presupone necesariamente, como requisito condicionante de la validez y eficacia de la misma, que se refiera a bienes que formen parte del patrimonio del testador que la hace, como exige expresamente el citado precepto cuando habla de la partición de sus bienes, sin que, por tanto, pueda referirse o comprender bienes que no sean de su pertenencia».

La cuestión se plantea respecto de la adjudicación de la explotación económica o del paquete de acciones o participaciones sociales cuando aquella o este tenga carácter ganancial, tema que ha merecido la atención de la casi unanimidad de la doctrina que se ha ocupado de la exégesis del artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil. En principio, adelantamos que, desde la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 13 de octubre de 1916, la doctrina y la jurisprudencia que se han ocupado del tema han negado la posibilidad de adjudicar bienes de carácter ganancial merced a la partición hecha por el propio testador ex artículo 1056 del Código Civil.

Al fallecer uno de los cónyuges, el matrimonio y, en consecuencia, la sociedad de gananciales se disuelven (arts. 85 y 1392 CC). Surge entonces lo que la jurisprudencia denomina «comunidad postganancial», que es un patrimonio

(17) La negrita es nuestra.

separado pendiente de liquidación para determinar la adjudicación de los bienes que lo integran al cónyuge supérstite y a los herederos del cónyuge fallecido. Mientras no se liquida este patrimonio ganancial, no es posible concretar los bienes que corresponden a sus partícipes. En efecto, de acuerdo con la sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de octubre de 2006: «Esta Sala ha declarado reiteradamente que durante el periodo intermedio entre la disolución (por muerte de uno de los cónyuges o por cualquier otra causa) de la sociedad de gananciales y la definitiva liquidación de la misma surge una comunidad postmatrimonial sobre la antigua masa ganancial, cuyo régimen ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, en la que cada comunero (cónyuge supérstite y herederos del premuerto en caso de disolución por muerte, o ambos cónyuges si la causa de disolución fue otra) ostenta una cuota abstracta sobre el *totum* ganancial (como ocurre en la comunidad hereditaria antes de la partición de la herencia), pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo, cuya cuota abstracta subsistirá mientras perviva la expresada comunidad postmatrimonial y hasta que, mediante las oportunas operaciones de liquidación-división, se materialice una parte individualizada y concreta de bienes para cada uno de los comuneros —sentencia de 17 de febrero de 1992 que recoge la doctrina de las de 21 de noviembre de 1997 y 8 de octubre de 1990 citadas por la sentencia de 7 de noviembre de 1997—; en dicha comunidad los cotitulares siguen manteniendo sus mismos derechos y cuotas que serán materializadas tras la división-liquidación en una parte concreta e individualizada de los bienes y derechos que se les adjudiquen».

En síntesis, mientras no resulte liquidada la sociedad de gananciales, no podrán concretarse los activos que corresponden al cónyuge supérstite ni los que corresponderían a los herederos del cónyuge fallecido.

La partición extingue la situación de comunidad hereditaria merced a la división y a la adjudicación a los coherederos del activo (y pasivo) de la herencia (arts. 1051 y sigs. CC), la cual, de conformidad con el artículo 659 del Código Civil, «*comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte*». Por tanto, en la herencia, de acuerdo con lo que se acaba de decir, no puede comprenderse la mitad de la comunidad ganancial que corresponde al cónyuge supérstite. En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, de 7 de septiembre de 1998, según la cual «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; y así se proclama en la emblemática Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 13 de octubre de 1916, cuando, entre otras cuestiones, establece que «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», y la de

7 de diciembre de 1988, a cuyo tenor «requisito condicionante de la validez y eficacia de la partición que contempla el artículo 1056 del Código Civil, es que la misma se refiera a bienes que forman parte del patrimonio del testador que la hace, como exige expresamente el citado precepto» (18).

Del mismo modo lo clarifica la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1988 al disponer que «el principio general de que nadie puede transmitir o disponer de aquello que no es suyo *nemo plus iuris transfert quam habet*, *nemo dat quod non habet* tiene su plasmación concreta en nuestro Ordenamiento Jurídico, por lo que a la sucesión hereditaria se refiere, en el artículo 659 del Código Civil, que circunscribe la herencia de todo causante a los bienes, derechos y obligaciones que integran su patrimonio y que no se extingan por su muerte y por lo que a la testamentaria en particular concierne, en los artículos 667 y 668 del mismo Cuerpo legal, que facultan a toda persona a disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos, a título de herencia o de legado».

El artículo 1056, párrafo 1.º, del Código Civil, de acuerdo con la tradición jurídica española, faculta al testador para llevar a cabo él mismo la partición, confiriéndole amplias posibilidades al efecto, pero imponiéndole el respeto absoluto a las legítimas. Habrá que respetar la voluntad del testador hasta donde le sea legalmente permitido (art. 675 CC), dada la intangibilidad de la legítima, y del presupuesto de que aquel no podrá disponer por testamento más que de lo suyo, resulta que no podrá incluir en la partición los bienes gananciales, en tanto no se haya disuelto la sociedad matrimonial. No debemos caer en la creencia errónea según la cual los bienes gananciales pertenecen al testador por mitad, pues la sociedad de gananciales es una comunidad de tipo germánico en la que, mientras no haya liquidación, «todo es de ambos y nada en particular».

A nuestra argumentación parece oponerse la disposición contenida en el artículo 1379 del Código Civil, y decimos «parece» porque la oposición es más aparente que real.

De acuerdo con el artículo 1379 del Código Civil: «Cada uno de los cónyuges podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales». Este precepto debe interpretarse conjuntamente con el contenido en el artículo 1344 del Código Civil, a cuyo tenor literal: «Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella». De dicha interpretación conjunta resulta que, de lo que pueden disponer los cónyuges por testamento, no es de la mitad de los gananciales, referido a los mismos bienes, sino de su parte en el patrimonio

(18) En este mismo sentido se habían pronunciado ya las SSTs de 22-5-1965, 17-5-1974 y 5-6-1985, y posteriormente las de 17-10-2002 y 14-12-2005.

ganancial, que es la mitad de lo que corresponda a su liquidación una vez deducido el pasivo (19).

Además, junto a la facultad anterior, el artículo 1380 del Código Civil establece que: «*La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento*» (20). Es decir, si la explotación económica o el paquete de acciones o participaciones sociales fueran de naturaleza ganancial y el testador, no obstante, adjudicara aquella o estos en uso de la facultad que le confiere el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, dicha adjudicación únicamente será válida si, una vez liquidada la sociedad de gananciales, la explotación o las acciones o participaciones sociales se atribuyeran a su haber. Además, debe tomarse en consideración al respecto lo dispuesto en el artículo 1406, apartado 2.º, del Código Civil, según el cual: «*El cónyuge tendrá derecho a que se incluya con preferencia en su haber, hasta donde este alcance: 2.º La explotación económica que gestione efectivamente*».

Puesto que mientras no sea liquidada la sociedad de gananciales no se sabe a quién de los dos cónyuges será atribuida la explotación económica o el paquete de acciones o participaciones sociales, la doctrina (21) y la jurisprudencia (22) se muestran partidarias de la partición combinada como fórmula adecuada para llevar a cabo la adjudicación por parte de los dos cónyuges a favor de la misma persona. Los inconvenientes de esta forma de testar son dos: por un lado, que la apertura de las sucesiones de uno y otro cónyuge se produzca en momentos distintos, de suerte que el adjudicatario recibirá una parte cuando muera uno y otra cuando fallezca el otro; por otro lado, la revocación de uno de los testamentos, que dejaría en «indigencia» la situación del otro, aunque este último

(19) DOMÍNGUEZ LUELMO, A. («Comentario a la STS de 18-3-1991», en *CCJC*, enero-marzo de 1991, núm. 25, págs. 346 y 347) sostiene un criterio favorable a permitir que el testador incluya bienes gananciales en su partición, respetando siempre el límite que suponga su participación tras la liquidación. A su parecer, «dentro de los bienes del testador a que se refiere el artículo 1056 del Código Civil se deben incluir, además de los privativos, todos los que compongan su herencia, es decir, la parte de los bienes de la sociedad conyugal que pertenezca al difunto. Mientras la sociedad no se haya liquidado, la comunidad hereditaria comprenderá también la cuota ideal del difunto en aquella, y, una vez realizada la liquidación, pasarán a formar parte de su patrimonio los bienes concretos que se le adjudiquen en pago de la misma».

(20) En este precepto se recoge la doctrina tradicional del «legado de cosa ganancial», que es aquel legado ordenado por el testador con cargo a su participación en el patrimonio ganancial. No se trata de un legado de cosa ajena (en este sentido, SSTS de 10-1-1934, 18-3-1991 y 26-4-1997), sino de una figura jurídica específica, que se regula por sus propias normas. Es un legado de cosa perteneciente a la comunidad postganancial, la cual se halla fuera de toda normativa legal; ni es ganancial, ni es cosa ajena, ni es cosa común (STS de 11-5-2000).

(21) MILLÁN SALAS, F., *ob. cit.*, págs. 1186 y 1187, y RUEDA ESTEBAN, L., *ob. cit.*, págs. 124 y 125.

(22) SSTS de 20-5-1965, 17-5-1974 y 21-7-1986.

inconveniente podría resolverse —como señala RUEDA ESTEBAN (23)— condicionando la validez de uno al mantenimiento del otro.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA (24) menciona las diversas formas en que puede articularse la partición conjunta de ambos cónyuges: mediante el otorgamiento de testamentos coetáneos y con idéntico contenido particional; mediante pactos conyugales de preliquidación de la sociedad de gananciales realizados en capitulaciones y difiriendo su eficacia al fallecimiento de uno de ellos; mediante documentos de ejecución de protocolo familiar o en el protocolo mismo, que si bien instrumentalmente pueden ser capitulaciones o testamentos (también donaciones de las previstas en el art. 1341 del Código Civil, o contratos onerosos con tercero de los previstos en el art. 827 del Código Civil), causalmente son supuestos de partición por el testador coordinados, en su caso, con el artículo 1271, párrafo 2.º, del Código Civil.

IV. ASPECTOS FORMALES DE LA ADJUDICACIÓN

1. NECESIDAD DE UN TESTAMENTO PREVIO, SIMULTÁNEO O POSTERIOR A LA PARTICIÓN

Ya en sus primeras sentencias dictadas al amparo del artículo 1056 del Código Civil, el Tribunal Supremo condicionaba la validez de la partición a la existencia de una disposición testamentaria, sin exigir que una y otra se sucedieran en el tiempo de forma determinada. Debe advertirse que este último aspecto fue el resultado de una larga evolución, puesto que en la sentencia de 3 de junio de 1903 se exigía testamento anterior a la partición, autorizándose en la de 6 de marzo de 1917 la validez del testamento posterior a la fecha de la partición, criterio que se sigue manteniendo hoy en día.

En la sentencia de 6 de marzo de 1945 (de la que fue ponente el profesor CASTÁN TOBEÑAS) se ofrece una magnífica visión de la problemática que genera la partición hecha por el propio testador. El gran magisterio de su contenido hace que creamos conveniente reproducir alguno de sus fundamentos de derecho: «Que si bien las legislaciones, para proveer a necesidades familiares, ventajas prácticas y anhelos muy legítimos, admiten la posibilidad de que los testadores todos, o cuando menos los ascendientes, realicen por sí mismos la distribución y partición de los bienes entre sus herederos, son muy diversos los sistemas mediante los cuales se ha disciplinado, por las leyes y por la doctrina, la institución de que se trata, cuyo funcionamiento y desarrollo plantea dificult-

(23) *Ob. cit.*, *ibídem.*

(24) *Transmisión mortis causa...*, cit., pág. 269.

tades técnicas de verdadera monta, siendo de tener en cuenta, por lo que afecta al Derecho patrio, los siguientes antecedentes históricos y doctrinales, de gran interés para interpretar adecuadamente la norma que, en términos harto lacónicos, establece el *artículo 1056 apartado 1.º del Código Civil*: Primero: Que el Derecho romano, independientemente de la forma testamentaria especial para que el padre dispusiese de sus bienes en favor de sus hijos (*testamentum inter liberos*) admitió la partición de bienes del ascendiente entre sus hijos (*division inter liberos*), como un acto de sucesión hereditaria o última voluntad pero que podía ser efectuado en forma diversa de la ordinaria y siempre —aun bajo el imperio de la novela dieciocho de Justiniano— con caracteres de gran simplicidad. Segundo: Que en el Derecho histórico de Castilla fue reconocida la partición hecha por el testador, con rasgos fundamentalmente análogos a los del Derecho romano, según lo demuestra claramente la *ley séptima, título primero, Partida sexta*, y aun en el texto de la *ley novena, título quince* de la propia Partida en la que se estableció que «si el padre o el testador partiese él mismo la heredad en su vida entre sus herederos a su finamiento, si después que él finasse venciesen alguno dellos en juicio, alguna de sus cosas que le vinieron en su parte, entonce los otros herederos non serían tenudos de fezerle enmienda alguna», pues lo aquí regulado significa, no una verdadera figura jurídica de partición *inter vivos*, sino una forma de partición *mortis causa* hecha en vida y que producía sus efectos en el momento del «finamiento» del testador. Tercero: Que si bien los escritores más autorizados y seguidos, en el Derecho anterior al Código Civil, admitían como lícita, por no haber ley que la prohibiera, la división mediante entrega en vida a los hijos de los bienes que había de corresponderles, es de observar, de un lado, que dichos autores no exigían formalidades especiales para esa partición, cuyo efecto se ligaba, más que al título contractual, a la *traditio* de los bienes, y de otro, que esa partición se consideraba revocable, salvo disposición expresa en contrario, pues se estimaba que no equivalía a una donación simple, sino a una *disposición última* que era revocable hasta la muerte. Cuarto: Que fue el Código francés, seguido en este punto por muchos otros de los modernos europeos y americanos, el que, con caracteres de novedad, perfiló los rasgos de la que se ha llamado división *inter vivos*, ya que, queriendo conciliar la tradición de las regiones de Derecho escrito, que habían conservado la partición de origen romano, con la de aquellas otras regiones que practicaban la institución de origen consuetudinario conocida con el nombre de abandono de bienes (*demission de biens*), que era el acto por el cual una persona se despojaba en vida de la universalidad de su patrimonio en favor de sus herederos de sangre, pero conservando el derecho a recoger los bienes donados cuando lo juzgase oportuno, admitió dos formas distintas de la partición de bienes por el ascendiente: la clásica partición testamentaria o testamento-partición y la donación-partición, forma esta última que sustituía a la *demission* del Derecho consuetudinario, aunque teniendo caracte-

res distintos, pues implica ahora una donación entre vivos acompañada de la partición de los bienes y revestida de la forma solemne y la naturaleza irrevocable que son propias de los actos de aquella clase, según se desprende del precepto claro contenido en el *artículo 1076 del citado Código francés*, a cuyo tenor esas respectivas particiones hechas por actos *inter vivos* o testamentarios, habrían de ajustarse a las formalidades, condiciones y reglas prescritas para las donaciones *inter vivos* y para los testamentos. Quinto: Que el Código español no siguió apenas en esta materia las huellas del patrón napoleónico; y así se observa, en primer término, que da a la facultad de división mayor amplitud y flexibilidad que la que tiene en Derecho francés, sin duda para facilitar el logro de las finalidades prácticas de aquella, tanto en lo que se refiere a los sujetos de la partición (admitiendo que todo testador, tenga o no herederos forzosos, pueda hacer la partición de sus bienes, e incluso que pueda ejercitarse ese derecho, en algunos casos, por vía de delegación, según resulta del *artículo 831*), como en lo que se refiere al contenido (otorgando al testador una amplia libertad, no solo en la composición cualitativa de los lotes, permitida por el *artículo 1056, apartado 2.º*, sin sujeción a lo que disponen los *artículos 1061 y 1062*, sino también en la distribución valorativa, al admitir como medio normal único de impugnación la acción por lesión de la legítima y no la acción ordinaria de rescisión por lesión en más de la cuarta parte). Sexto: Que si bien el *artículo 1056*, aludido, del Código español, admite que el causante pueda realizar partición de sus bienes de dos modos distintos, por acto *inter vivos* o por disposición de última voluntad, no se remite como el Código napoleónico lo hace, en cuanto a la primera de estas modalidades, al régimen específico de las donaciones *inter vivos*, ni permite entender que ese acto entre vivos a que el texto legal se refiere (y que quizá se entronca, más que con la fórmula de los Códigos extranjeros, con la de nuestra *ley novena, título quince de la Partida sexta* anteriormente citada) suponga un puro acto de esa naturaleza, ya que, en una técnica rigurosa, para discriminar los actos *inter vivos* y los actos *mortis causa* hay que atender a su finalidad y al tiempo en que el acto o negocio ha de producir su efecto típico o definitivo, de tal modo que serán negocios *mortis causa* los destinados a regular las relaciones jurídicas después de la muerte del sujeto del negocio o de uno de sus sujetos, y sobre esta base, la división del patrimonio es fundamentalmente un acto *mortis causa*, que tiene clara finalidad sucesoria, como lo confirma el propio *artículo 1056 de nuestro Código Civil*, al poner en todo caso como límite a la eficacia de la partición hecha por el testador el de no perjudicar la legítima de los herederos forzosos, siquiera se permita que este acto *mortis causa* vaya ligado, por una especie de yuxtaposición de elementos, a una declaración de voluntad emitida dentro del molde propio de los actos *inter vivos*, sin perder por ello su naturaleza ni dar siquiera al negocio particional (complejo en cuanto a sus elementos integrantes, mas no en cuanto a su naturaleza sustancial) el carácter mixto que

suelen atribuir a la donación-partición los intérpretes del *Código francés* y del *italiano de 1865*, cuando, tratando de fijar la fisonomía de esa institución (que alguna vez ha sido calificada de paradoja jurídica) dicen que en ella se descubren los caracteres sustanciales de la donación *inter vivos* estrechísimamente combinados con los propios de la sucesión hereditaria que le sirve de causa. Séptimo: Que la doctrina científica patria más generalizada, acomodándose a los precedentes de nuestro Derecho y fundándose, entre otras consideraciones, en la del lugar que la regulación de la partición hecha por el testador ocupa en el Código y la de la dicción de este, referida premeditadamente al testador (no al difunto, como decía el *artículo 899 del proyecto de 1851*), entiende, en el sentido expuesto, que se trata en esencia de una pura división hereditaria, la cual, aunque pueda revestir dos formas, implica siempre un acto de última voluntad. Octavo: Que siendo esa misma orientación la doctrina de esta Sala tiene declarado: que la facultad que concede el *artículo 1056* supone y requiere un testamento previo o ulterior en el que se disponga o se exprese el deseo de atemperarse a las normas de la ley, o sean las de la sucesión intestada (sentencias de 13 de junio de 1903 y 6 de marzo de 1917); que dicha facultad no obstaculiza la posible variación de la voluntad del causante durante su vida y el otorgamiento consiguiente de otro testamento que deje sin efecto el anterior y la división realizada (sentencias de 9 de junio de 1903 y 9 de julio de 1940), y que no obsta a la validez de la partición el haber sido hecha en documento privado, cuando en testamento posterior se refiere a ella el padre y no perjudica la legítima de los herederos forzosos (sentencia de 6 de marzo de 1917)».

La partición hereditaria efectuada en vida alcanza plena eficacia si viene corroborada *a posteriori* merced a una disposición testamentaria, ya sea previa, simultánea o posterior. Esta afirmación viene avalada por los siguientes argumentos de carácter literal:

- a) El artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil se refiere al *testador*, lo cual —como dijimos al ocuparnos del ámbito subjetivo del precepto— delimita el aspecto formal de la facultad contemplada por dicha norma.
- b) El precepto referido empela el gerundio *disponiendo*, con el cual parece referirse a una disposición *mortis causa*, pues de lo contrario —como muy bien dice RUEDA ESTEBAN (25)— habría empleado otros términos, como por ejemplo «habiendo dispuesto».
- c) Se concede al *testador* la facultad de partir sus bienes, y dado que la partición no es sino una ejecución adecuada de un testamento, no es posible concebir aquella sin la existencia de este, pues lo partitivo se subordina a lo dispositivo (26).

(25) *Ob. cit.*, pág. 115.

(26) MILLÁN SALAS, F., *ob. cit.*, pág. 1191.

2. MODALIDADES DEL ACTO PARTICIONAL

El artículo 1056 del Código Civil, en su párrafo 1.º, permite al testador hacer la partición de sus bienes de dos formas: «*por acto entre vivos o por última voluntad*».

Si la partición se hace en testamento, este podrá ser el mismo en el que se dispone de la explotación económica o del paquete de acciones o participaciones sociales a favor del adjudicatario ordenando el pago en metálico a los demás interesados, u otro distinto, y podrá adoptar cualquiera de las formas previstas por nuestro Código Civil, ya sea común (ológrafo, abierto, cerrado) o especial (militar, marítimo, hecho en país extranjero). En tal supuesto se cumpliría, de forma simultánea, con el presupuesto de la necesidad de un testamento que corrobore la partición.

En el supuesto de que la partición se lleve a cabo por acto *inter vivos*, tal circunstancia, *prima facie*, revestiría a la partición de una naturaleza contractual, de suerte que si tuviera lugar la entrega efectiva de los bienes, nos hallaríamos ante una institución híbrida de donación y partición que encontraría apoyo legal en la excepción contenida en el artículo 1271, párrafo 2.º, del Código Civil (27), a cuyo tenor: «*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*». No obstante lo anterior, el hecho de que el artículo 1056 del Código Civil confiera al *testador* la facultad de partir sus bienes, presupone —como ya se ha dicho— que la partición a que alude el citado precepto encuentra su fundamento en un testamento anterior, simultáneo o posterior.

La división por acto *inter vivos* del patrimonio es un acto *mortis causa*, unilateral y de última voluntad, cuya eficacia queda diferida al momento de la apertura de la sucesión, y de naturaleza esencialmente revocable.

La partición podrá hacerse en cualquier forma, pública o privada (28), e incluye integrarse en un protocolo familiar (29). Si dentro de la partición se

(27) Redactado por la Disposición Final 1.ª de la Ley 7/2003, de 1 de abril.

(28) De acuerdo con FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (*La Ley 7/2003, de 1 de abril...*, cit., pág. 5, y *Transmisión...*, cit., pág. 273), «esta interpretación se deriva del carácter no formal de nuestro derecho y de su coherencia sistemática con el párrafo primero, pero no cabe olvidar la equivalencia entre testador y contador-partidor por él designado que establece el precepto, por lo que si el protocolo establece esta posibilidad deberá ser refrendada por un testamento válido y eficaz».

(29) Respecto de esta posibilidad, estima FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. (*La Ley 7/2003, de 1 de abril...*, cit., pág. 5, y *Transmisión...*, cit., pág. 273), que «conservará su independencia de suerte que el testador podrá alterar por sí mismo su contenido, y sin perjuicio de los artículos 1341, 1379 y 1380 del Código Civil, para los bienes gananciales y de lo previsto en el artículo 826 respecto de la promesa de mejorar o no mejorar hecha en capitulaciones matrimoniales».

incluyen bienes de naturaleza inmueble, será de aplicación lo dispuesto en los artículos 1279 y 1280 del Código Civil.

3. IRRELEVANCIA DE LA APROBACIÓN JUDICIAL

De acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil: «*No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843*». Ello significa que la partición realizada por el propio testador de conformidad con el artículo 1056 del Código Civil no precisa confirmación expresa de los hijos o descendientes de aquel, ni, en su defecto, aprobación judicial.

La referida exclusión debe interpretarse en sentido favorable, ya que — como afirma con acierto FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA (30)— «altera por completo el alcance de la partición por el testador alejándola de otros supuesto de pago en metálico ineficaces en la práctica precisamente por esta razón».

V. CAUSA DE LA ADJUDICACIÓN: LA CONSERVACIÓN DE LA EMPRESA Y EL INTERÉS DE LA FAMILIA

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, el testador que adjudique íntegramente a un solo sujeto (o a varios, si son más los adjudicatarios) la explotación económica o el paquete de acciones o participaciones sociales con conmutación en metálico de su legítima a los demás interesados, debe hacerlo «*en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia*».

El Código Civil no nos dice qué deba entenderse por *interés de la familia* ni por *conservación de la empresa*; tampoco la doctrina muestra un criterio uniforme al respecto, habiendo surgido tres vertientes:

- a) Quienes opinan que se trata de un único móvil de adjudicación dirigido a preservar la empresa familiar. En este sentido se manifiesta PALAZÓN GARRIDO (31), a cuyo juicio: «ambos móviles van íntimamente unidos y no se entienden el uno sin el otro, dado que lo que se pretende preservar es precisamente una empresa familiar. Aquí el interés de la empresa está enlazado de modo indisoluble con el interés de la familia».
- b) Quienes defienden la existencia de dos motivos de adjudicación, el interés familiar y la conservación de la empresa, pero estiman que el primero de ellos lleva implícito el segundo. Este es el punto de vista

(30) *Transmisión mortis causa...*, cit., págs. 275 y 279.

(31) *Ob. cit.*, págs. 320 y 321.

sostenido por MILLÁN SALAS (32), quien, después de definir el «interés de la familia» como el interés del testador «de preservar íntegra la explotación económica o mantener el control de una o varias sociedades de capital dentro de su propia familia, adjudicando la explotación económica, las acciones o las participaciones sociales a uno de sus familiares, proporcionándole el medio de vida de su familia», concluye que «la voluntad del testador de conservar indivisa una explotación presupone el interés de la familia, interés que solo y exclusivamente necesita ser apreciado por el disponente. Pero mientras el móvil «en interés de su familia» lleva implícito el otro móvil, «la conservación de la empresa», mantenemos, en cambio, que el testador puede hacer la partición de sus bienes atendiendo solo a la conservación de la empresa y no al interés de su familia, haciendo la adjudicación a un extraño».

- c) Quienes defienden la existencia de dos motivos absolutamente independientes entre sí, apoyándose en el dato literal de las dos alternativas separadas por una disyuntiva, presentadas por el legislador en el precepto. Entre estos autores cabe citar a RUEDA ESTEBAN (33).

Nosotros nos mostramos partidarios de esta última doctrina. En efecto, el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, presenta una disyuntiva de motivos («*en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia*»), argumento literal que estimamos suficiente para determinar la independencia entre ambos, ya que si el legislador no hubiera querido esta dualidad causal, no habría empleado la mencionada disyuntiva.

Por «interés de la familia» debe entenderse todo aquello que evite un perjuicio a la misma; por ejemplo, la adjudicación de la explotación económica o del paquete de acciones o participaciones sociales a uno de los hijos —con conmutación en metálico de su legítima a *los demás interesados*— puede generar envidia en los otros y conflictos familiares, lo cual iría en contra del «interés familiar» (34). Se trata, en definitiva, de circunstancias apreciables por el testador, y, en consecuencia, subjetivas.

(32) *Ob. cit.*, pág. 1181.

(33) *Ob. cit.*, págs. 118 y 119.

(34) En este sentido, afirma RUEDA ESTEBAN (*ob. cit.*, págs. 118 y 119) que: «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». Pero también este es cuestionable, ya que con la nueva norma cabe adjudicar a un extraño y curiosamente puede darse que precisamente la única forma de preservar la empresa sea “sacarla” de la familia (por ejemplo, legándola a un hombre de confianza, que abonará los derechos a otros interesados). También puede considerarse interés familiar todo aquello que pueda evitar la perturbación de la paz familiar; por ejemplo, adjudicación a un hijo que sería incompatible

En cuanto a la «conservación de la empresa», por tal debe entenderse todo aquello que garantice, en términos económicos, el correcto funcionamiento de la explotación económica o de la sociedad de capital. Dado que el testador no puede disponer de esta información —de carácter objetivo— en el momento de llevar a cabo la adjudicación, la apreciación de aquello que se estime más adecuado para la «conservación de la empresa» no será sino algo de carácter subjetivo.

El carácter subjetivo de la causalización prevista en el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, se pone igualmente de manifiesto por el empleo de la disyuntiva *o* y del término *en atención*, pues como muy bien dice RUEDA ESTEBAN (35), de aquella disyuntiva resulta «un amplio abanico de posibilidades a disposición del testador, lo que aproxima más el fin justificante a un motivo de carácter subjetivo, porque no hay nada más personal que lo que se somete a elección», y del uso de la expresión *en atención* parece inferirse que «el interés de la familia o la conservación de la empresa ya han dejado de ser un requisito *sine qua non*, para pasar a ser un motivo de la forma especial de partición que ha escogido el testador».

Estamos de acuerdo con FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA (36) en que el referido carácter subjetivo de la causalización dificulta el control judicial posterior con tal que el testador sea titular de una empresa o de un paquete de acciones o bien de una participación de control en cualquier sociedad de capital.

De acuerdo con lo anterior, para que la partición realizada por el testador al amparo del artículo 1056 del Código Civil sea válida, será preciso que efectúe la adjudicación con conmutación a metálico de las legítimas en base al «interés de la familia» o bien para «conservar la explotación». Si su voluntad fue otra, no podrá utilizar la facultad prevenida en este precepto, aunque podrá efectuar la adjudicación con conmutación a metálico por la vía de los artículos 841 y siguientes del Código Civil (*Pago de la porción hereditaria en casos especiales*); en caso contrario, la partición así efectuada podrá ser impugnada demostrando que «fue otra la voluntad del testador», y su efecto será similar al de la rescisión por lesión en más de la cuarta parte (art. 1074 y sigs. CC). Los *demás interesados* tendrán entonces derecho a que se rescinda parcialmente la partición y a que se les atribuya su parte en bienes de la herencia (*in natura*) (37).

con otro, o exclusión de uno de ellos en el negocio por su carácter difícil con los demás, o sencillamente por ser arriesgado en sus concepciones del negocio o influenciado por su cónyuge, en definitiva, circunstancias apreciables pro el testador y como tal subjetivas».

(35) *Ob. cit., ibidem.*

(36) *Transmisión mortis causa...*, cit., pág. 273.

(37) En este sentido se manifiesta FOSAR BENLLOCH, E., «La explotación agrícola y el párrafo 2.º del artículo 1056 del Código Civil», en *ADC*, 16, 1963, págs. 384 y 385.

VI. PAGO EN METÁLICO DE LA LEGÍTIMA DE LOS DEMÁS INTERESADOS

1. PAGO CON METÁLICO EXTRAHEREDITARIO

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, para realizar el pago en metálico de su *legítima* a los *demás interesados*, *«no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario...»*.

De la literalidad del precepto objeto de estudio resulta que el adjudicatario de la explotación económica o del paquete de acciones o participaciones sociales podrá pagar su legítima (cuando se trate de beneficiarios del tercio de legítima estricta) o su porción hereditaria (cuando se trate de beneficiarios de los tercios de mejora y de libre disposición) a los demás interesados con metálico hereditario o con metálico extrahereditario; en este último supuesto, el metálico procederá del patrimonio del adjudicatario. Lo que en ningún caso será factible es que dicho abono se lleve a cabo con bienes de la herencia, ya que si en dicha herencia hubiera bienes bastantes (además de la explotación económica o de las acciones o participaciones sociales) para cubrir la legítima y la porción hereditaria de los demás interesados en la sucesión, no nos hallaríamos ante el supuesto contemplado en el repetido artículo, y, en consecuencia, el testador no podría emplear este resorte para realizar la partición de sus bienes (38).

En consonancia con lo anterior, para que el testador pueda adjudicar la explotación económica o el conjunto de acciones o participaciones sociales a un sujeto, ordenando la conmutación a metálico de la legítima y la porción hereditaria de los demás interesados en la sucesión, deberá concurrir alguna de las situaciones que se indican a continuación:

- a) Que en la herencia haya, junto a la explotación económica o al paquete de acciones o participaciones sociales, bienes insuficientes para el pago de la legítima y de la porción hereditaria de los demás interesados en la sucesión.
- b) Que en la herencia haya, junto a la explotación económica o al paquete de acciones o participaciones sociales, metálico insuficiente para el pago de la legítima y de la porción hereditaria de los demás interesados.
- c) Que en la herencia haya, junto a la explotación económica o al paquete de acciones o participaciones sociales, dinero suficiente para cubrir la legítima y la porción hereditaria de los demás interesados.

(38) En este sentido, ESPÍN CÁNOVAS, D., «La conservación de la explotación agraria en el régimen sucesorio del Código Civil español», en *RDP*, T. LXIII, 1979, pág. 314.

En las dos primeras situaciones mencionadas, el metálico será extrahereditario, debiendo proceder del adjudicatario; en la tercera, en cambio, el metálico será hereditario.

Aun cuando lo hasta ahora dicho responde a la literalidad de la disposición contenida en el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, desde nuestro modesto punto de vista, en la tercera de las referidas situaciones (que junto a la explotación económica o a las acciones o participaciones sociales exista dinero bastante) no nos encontraríamos dentro del ámbito de aplicación del reiterado precepto, ya que si en la herencia hubiera dinero bastante para el pago de las legítimas y de las porciones hereditarias de los demás interesados en la sucesión, en rigor el testador efectuaría una «partición de sus bienes», supuesto este prevenido en el párrafo primero del mismo artículo.

2. FIJACIÓN DEL *QUANTUM* DE LA LEGÍTIMA Y DE LA PORCIÓN HEREDITARIA DE LOS DEMÁS INTERESADOS EN LA SUCESIÓN

El *quantum* de la legítima y de la porción hereditaria de los demás interesados en la sucesión se fijará en virtud de acuerdo entre estos y el adjudicatario de la explotación económica o del paquete de acciones o participaciones sociales, respetando siempre las reglas contenidas en los artículos 818 y siguientes del Código Civil para la fijación de legítimas. Nunca podrá fijar dicha cuantía el adjudicatario de forma unilateral.

También podrá señalar dicho *quantum* el propio testador (incluso el contador-partidor por él designado) en la misma partición de sus bienes, lo que ocurre es que, como advierte FOSAR BENLLOCH (39), «como está sujeto imperativamente el causante a lo prevenido en los artículos 818 y siguientes del Código Civil, si realiza una asignación de metálico inferior a la legítima, computada con arreglo a dichas normas, aquella es impugnabile y la partición rescindible por lesión en la legítima (arg. arts. 1056.1.º, y 1075 del Código Civil). Sobre todo, si entre la partición testamentaria y la apertura de la sucesión ha mediado largo tiempo, la asignación concreta de la legítima puede romperse por aumentar la masa del patrimonio del testador, o por desvalorización monetaria. Por ello, no es aconsejable tal forma de designación legitimaria. Por eso creemos que es muy conveniente que el testador, en lugar de asignar el metálico por sí, se limite a nombrar un albacea específico para liquidar las legítimas».

Estimamos que también el cónyuge viudo puede fijar el *quantum* de las legítimas y porciones hereditarias (siempre en base a un acuerdo con los destinatarios y respetando las disposiciones de los arts. 818 y siguientes del

(39) *Ob. cit.*, pág. 395.

Código Civil) merced a la delegación fiduciaria *ex* artículo 831 del Código Civil (40).

Cuestión debatida es la del momento a que deberá atenderse (a la fecha de la muerte del causante, o a aquella en la que se lleve a cabo la fijación) para fijar el *quantum* de las legítimas y porciones hereditarias de los demás interesados. El Código Civil no dice nada para el supuesto concreto en el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil. Por el contrario, sí previene el momento al que deberá atenderse para la valoración de los bienes en otros preceptos, pero el criterio no es único; así, en los artículos 847 (relativo al pago de la legítima de los hijos y descendientes)

(40) De acuerdo con el artículo 831 del Código Civil: «1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, 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 particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes.

Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa.

2. Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que penden las facultades a que se refiere el párrafo anterior.

3. El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante en favor de esos.

De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado.

Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas y otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes solo al cónyuge que ejercite las facultades.

4. La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones.

Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge supérstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido.

5. Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

6. Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí».

y 1074 (concerniente a la rescisión de la partición por lesión en más de la cuarta parte), se refiere la valoración de los bienes al momento de la partición, liquidación o adjudicación, en cambio, en el artículo 818 se señala (para la fijación de las legítimas) como momento al que debe atenderse para valorar los bienes, al de la muerte del testador (41).

Nuestro Tribunal Supremo (42) entiende aplicable por analogía al supuesto del artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, el criterio mantenido en los artículos 847, 1045 y 1074 del mismo cuerpo legal (43).

Mas debe advertirse que esta postura cuenta con algún inconveniente; en efecto, si la empresa disminuye de valor como consecuencia de una pésima gestión por parte del adjudicatario o beneficiario, los demás interesados se verán seriamente perjudicados, porque recibirán menos de aquello que les hubiera correspondido de haberse atendido al momento del fallecimiento del *de cuius*; en cambio, si la empresa se revaloriza por una excelente gestión del adjudicatario o beneficiario, los demás interesados se verán injustamente beneficiados.

Sin embargo, no es menos cierto que defender la postura contraria, es decir, partir del momento de la muerte del causante para fijar el *quantum* de las legítimas y porciones hereditarias de los demás interesados, también presenta inconvenientes, ya que si se ha producido una depreciación del dinero, los demás interesados se verán perjudicados, y, en cambio, si se ha producido una revalorización dineraria, se verán beneficiados.

Dado que, como acabamos de ver, existen argumentos para defender ambas soluciones, estimamos —con RUEDA ESTEBAN (44)— que los propios testadores, para evitar todos estos posibles inconvenientes, deberían precisar los tiempos de valoración e introducir «cláusulas de estabilización».

(41) VALLET DE GOYTISOLO, J. («Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil», en *ADC*, 1970, pág. 94), tras plantear la problemática en torno al momento al que debe atenderse para cifrar las legítimas, entiende que no existe contradicción alguna entre los artículos 818 y 1074 del Código Civil, puesto que «la legítima queda fijada en una participación del caudal relicto en la fecha de fallecer el testador; pero su valor dinerario deberá cifrarse en principio, con relación al que aquella participación tenga tasada en la fecha de su satisfacción».

(42) Entre otras, SSTs de 22-11-1991, 8-6-1995 y 27-10-2000.

(43) Este es el criterio mantenido por MILLÁN SALAS (*ob. cit.*, págs. 1189 y 1190), quien estima aplicable el artículo 847 del Código Civil en virtud del inciso final del propio artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, que al excluir para la partición en él contemplada lo previsto en los artículos 843 y 844, párrafo 1.º, del propio Código, viene a significar la aplicabilidad de los demás preceptos de la Sección 8.ª, Capítulo II, Título III, Libro III. Por el contrario, RUEDA ESTEBAN, L. (*ob. cit.*, pág. 135) se muestra reacio a resolver la cuestión mediante la aplicación del artículo 847 del Código Civil, por negarse a aplicar como supletoria la normativa de los artículos 841 y siguientes del Código Civil.

(44) *Ob. cit.*, pág. 136.

3. PLAZO PARA EL PAGO. APLAZAMIENTO Y FRACCIONAMIENTO DEL PAGO

Una vez que han sido fijadas las legítimas y porciones hereditarias de los demás interesados en la sucesión, el adjudicatario de la explotación económica o del paquete de acciones o participaciones sociales deberá proceder a su abono. A tal efecto, cuenta con la posibilidad, siempre que así lo haya establecido el testador (el contador-partidor por él designado o su cónyuge merced a la delegación fiduciaria *ex art. 831 del Código Civil*), de aplazar el pago, siempre y cuando dicho aplazamiento no supere los cinco años a contar desde el fallecimiento del testador (*art. 1056.2.º CC*).

Dicho aplazamiento permite al adjudicatario disponer de tiempo para obtener, incluso a través de la propia explotación o de la sociedad de capital (o grupo de estas), rendimientos suficientes con cargo a los cuales cumplir su obligación de pago.

Aunque el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil no lo dice expresamente, si es posible el aplazamiento, también deberá admitirse el fraccionamiento del pago, que facilitará igualmente al adjudicatario el cumplimiento de su obligación.

Tampoco se dice nada respecto de los intereses, mas, a pesar de dicho silencio, entendemos que debe aplicarse, por analogía, lo dispuesto al respecto en el artículo 847 del Código Civil, de suerte que habrá que estimar que el crédito metálico devengará el interés legal desde la liquidación.

4. FORMAS DE PAGO

En cuanto a las formas en que el adjudicatario puede cumplir con su obligación de pago, el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil le faculta para el pago con metálico extrahereditario y por cualquier otro medio de extinción de las obligaciones, de manera que remite a lo dispuesto en el artículo 1156 del Código Civil, a cuyo tenor: *«Las obligaciones se extinguen:*

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».

De acuerdo con lo anterior, la obligación de pago del adjudicatario se extingue por alguna de las siguientes causas:

- a) *Por el pago o cumplimiento* con metálico extrahereditario, propio del adjudicatario. Este es el modo normal de extinción de la obligación de pago.

- b) *Por la condonación de la deuda por el legitimario o el interesado.* El perdón o «quita», esto es, la renuncia gratuita que el legitimario o interesado haga de su derecho de crédito quedará sometida a los preceptos que rigen en materia de donaciones inoficiosas. Además, en caso de que la condonación fuera expresa, deberá ajustarse a las formas de la donación (art. 1187.2 CC).
- c) *Por la confusión de los derechos de acreedor y deudor.* Esta forma de extinción de la obligación de pago concurrirá en situaciones muy concretas, como por ejemplo cuando el adjudicatario suceda al legitimario o interesado al que deba pagar su legítima o porción hereditaria (45).
- d) *Por la compensación de la obligación de pago con otras obligaciones de los legitimarios o los demás interesados nacidas de relaciones jurídicas ajenas a la sucesión.* Es frecuente que la explotación económica o la sociedad de capital goce de créditos frente a los legitimarios y a los interesados en la sucesión, de forma que estos créditos podrán compensarse con lo que por sucesión les corresponda.

Más difícil será, en cambio, que la obligación de pago del adjudicatario se extinga por «pérdida de la cosa debida», ya que lo «debido» en este supuesto concreto es dinero, y por «novación extintiva», puesto que la novación precisa el consentimiento de los terceros que puedan verse perjudicados por su consecuencia (art. 1207 CC).

Dado que la enumeración efectuada por el artículo 1156 del Código Civil es ejemplificativa y no taxativa, la obligación de pago del adjudicatario podrá extinguirse por cualesquiera otros medios, merced al *principio de autonomía de la voluntad de las partes*. RUEDA ESTEBAN (46) señala las siguientes posibilidades: «La del padre que adjudica la explotación a uno de los hijos, para con beneficios procedentes de la misma hacer ciertos repartos a los demás interesados en plazos señalados por el testador y aceptados por los legitimarios, si superan los cinco años»; «cuentas en participación de beneficios en la sociedad, que controlará el adjudicatario»; y «encargo al adjudicatario para que en el plazo de cinco años adquiera inmuebles para los demás interesados (inmuebles que podrá adquirir con rendimientos de la explotación)».

Cualquiera que sea la forma de cumplimiento de la obligación de pago del adjudicatario, es preciso que haya sido prevenido por el propio testador (por el contador-partidor por él designado o por el cónyuge viudo en virtud de la delegación fiduciaria *ex art. 831 del Código Civil*), puesto que en caso contrario, y según el tenor literal del artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil: «*Si no*

(45) Al respecto, RUEDA ESTEBAN, L., *ob. cit.*, pág. 139.

(46) *Ob. cit.*, pág. 140.

se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia».

VII. GARANTÍAS DE LOS INTERESADOS PARA EL COBRO DE SUS DERECHOS

Una vez realizada la partición por el testador al amparo del artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, el adjudicatario deviene propietario exclusivo de la explotación económica o titular único de las acciones o participaciones sociales, porque de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1068 del Código Civil: *«La partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados».*

Pero no debe olvidarse que dicho beneficiario está constreñido por la obligación de satisfacer *«en metálico su legítima a los demás interesados»* (art. 1056.2 CC). Surge entonces el siguiente interrogante: ¿Con qué garantías cuentan los demás interesados en la sucesión? ¿Puede garantizarse registralmente el derecho de estos «interesados» desde la apertura de la sucesión hasta su pago efectivo por el adjudicatario? Para responder a este interrogante habrá que distinguir según que lo adjudicado sea un paquete de acciones o participaciones sociales o una explotación económica:

- a) Si lo adjudicado es un paquete de acciones o participaciones sociales, no cabrá garantía registral alguna del derecho de los demás interesados, puesto que falta el inmueble objeto de inscripción.
- b) Si lo adjudicado es una explotación económica, lo más frecuente será que esta forme parte de un inmueble, de manera que en tal supuesto sí será posible establecer una garantía registral. Al respecto, dispone el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, que: *«No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 844»*, es decir, «las garantías legales establecidas para el legatario de cantidad» (art. 844, párr. 1.º, *in fine* CC); en consecuencia, no podrá garantizarse el derecho de los demás interesados mediante la anotación preventiva a que se refieren los artículos 42, párrafo 7.º, y 48 de la Ley Hipotecaria. Sí será de aplicación, en cambio, la garantía regulada en el artículo 15 de la Ley Hipotecaria (47), puesto que se cumplen los presupuestos exigidos a tal efecto por el párrafo primero del citado precepto, de acuerdo con

(47) Se muestran partidarios de la garantía prevista en el artículo 15 de la Ley Hipotecaria, entre otros, FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A., *Transmisión....* cit., pág. 278; FOSAR BENLLOCH, E., *ob. cit.*, pág. 419; PALAZÓN GARRIDO, M., *ob. cit.*, pág. 342 y sigs.; VIDAL MARTÍNEZ, J., «Algunos aspectos de la regulación de la sucesión *mortis causa* en el

el cual: «*Los derechos del legitimario de parte alícuota que no pueda promover el juicio de testamentaria por hallarse autorizado el heredero para pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles, así como los de los legitimarios sujetos a la legislación especial catalana, se mencionarán en la inscripción de los bienes hereditarios*»; en efecto, en el supuesto prevenido por el artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil, concurren dichos presupuestos:

- Los demás interesados en la sucesión son legitimarios de parte alícuota.
- Dichos interesados no pueden promover el juicio de testamentaria, puesto que la partición ya se ha realizado por el propio testador.
- El adjudicatario está autorizado (en rigor, obligado) para pagar las legítimas y porciones hereditarias de los demás interesados en metálico.

Por tanto, el derecho de los demás interesados en la sucesión se mencionará de oficio en la inscripción del inmueble del que forma parte la explotación económica.

De acuerdo con FOSAR BENLLOCH (48) se practicarán dos menciones:

- La expresión legitimaria abstracta, en la que se publicará simplemente que el testador ha salvado los derechos de los legitimarios, pero sin cifrarlos en cantidad alguna.
- La expresión legitimaria concreta, en la que se cuantificarán dichas legítimas. Por imperativo de artículo 3 de la Ley Hipotecaria, esta última mención deberá constar en escritura pública para tener acceso al Registro. El testador podrá otorgarlo en testamento, mas para que tenga acceso al Registro, este deberá ser protocolizado convenientemente.

Las referidas menciones se practicarán con el documento en cuya virtud se inscriba el inmueble del que forma parte la explotación económica adjudicada, aunque en aquel no hayan intervenido los legitimarios (art. 15, párr. 3 LH).

Las expresiones registrales solo producirán efecto respecto de los terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pero no entre herederos y legitimarios, cuyas relaciones se regirán por las normas civiles aplicables a la herencia del causante (art. 15, párr. 4.º LH).

Código Civil español, que favorecen la creación y mantenimiento de las unidades agrarias», en *RDP*, T. XIII, 1979, pág. 553.

(48) *Ob. cit.*, págs. 420 y 421.

Si, por cualquier causa, no se hubiera practicado dicha mención en el Registro de la Propiedad, o no se extendiera a todos los bienes inmuebles, y el beneficiario hubiera logrado inscribir la explotación económica libre de aquella, y la enajenare entera, o bienes concretos, a un tercero que reúna los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, los demás interesados en la sucesión no podrán hacer valer sus derechos frente a dicho tercero, que deberá ser mantenido en su adquisición por haber confiado en la plena titularidad del adjudicatario.

RESUMEN

PARTICIPACIÓN HECHA POR EL TESTADOR SUCESIÓN EN LA EXPLOTACIÓN PAGO EN METÁLICO

El artículo 1056, párrafo 2.º, del Código Civil faculta al testador para llevar a cabo la partición de sus bienes de tal forma que quede salvaguardada la indivisión de una explotación económica o se mantenga el control de una sociedad de capital o grupo de estas. El testador puede adjudicar la empresa o el conjunto de acciones o participaciones sociales a un sujeto ordenando la conmutación a metálico de la legítima y de la porción hereditaria de los demás interesados en la sucesión.

Dicho precepto, que ante la perspectiva de facilitar la sucesión generacional de la empresa y preservar su indivisión, fue objeto de modificación merced a la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, ha dejado en cambio sin resolver algunas cuestiones de indudable trascendencia práctica; así, quedan sin precisar los sujetos que pueden ser adjudicatarios y aquellos que deben entenderse incluidos en la expresión de más interesados, nada dice sobre lo que sucederá con la adjudicación cuando lo adjudicado tenga un carácter ganancial, no se concreta lo que debe entenderse por conservación de la empresa e interés de su

ABSTRACT

CASH PAYMENT BEQUEATHAL OF HOLDINGS SUCCESSION TO AN UNDERTAKING

Paragraph 2 of article 1056 of the Civil Code empowers a testator to carry out the partition of his or her estate in such a way as to safeguard an economic undertaking from division or maintain a controlling interest in a corporation or corporate group. The testator can adjudicate the enterprise in question or the set of shares or corporate holdings at issue to an individual, ordering the legitime and the legacy of other holders of some interest in the succession converted into cash.

With an outlook toward facilitating generational succession in business and preserving enterprises from division, paragraph 2 of article 1056 was amended thanks to Spanish Act 7/2003 of 1 April on the «New Enterprise» limited company. The amendment, however, left a number of questions of indubitable practical bearing unresolved. For example, it neglected to specify what individuals can receive adjudications and who must be understood to be included in the expression «other holders of some interest»; it said nothing about what will happen with an adjudication when the property at issue is community property; it failed to explain what must be understood by «conservation of the enterprise» and «interest of his or

familia en cuanto móviles de la adjudicación, en orden al pago por el adjudicatario de la legítima y de la porción hereditaria de los demás interesados, ni se indica el momento al que debe atenderse para la fijación del quantum, ni se menciona la posibilidad de su fraccionamiento, y, por último, se omite toda referencia a la posibilidad de los «demás interesados» de garantizar su derecho registralmente desde la apertura de la sucesión hasta su pago efectivo.

Quedan así expuestas las principales cuestiones que plantea el tema de la sucesión en la empresa familiar, y que en el estudio que presentamos obtenen una respuesta meditada y suficientemente razonada de la que podrá discreparse, pero nunca atacar por falta de argumentos.

her family» as grounds for adjudication, as pertains to the adjudication winner's payment of the legitime and the legacy of the other holders of interests; nor did it indicate the point in time that applies in the setting of the quantum, nor did it mention the possibility of splitting it; and lastly it omitted any reference to the possibility whereby «other holders of some interest» might use registration to guarantee their right from the opening of succession proceedings until actual payment.

These, as stated, are the main issues suggested by the topic of succession in the family enterprise. In the study we present, these issues receive a well-pondered, sufficiently reasoned answer that the reader may disagree with but will never be able to attack as wanting in arguments.

(Trabajo recibido el 11-3-2010 y aceptado para su publicación el 27-5-2011)