La fiducia sucesoria en la empresa familiar

Succession trust in family companies

por

TATIANA CUCURULL POBLET

Doctora en Derecho. Profesora de los Estudios de Derecho y Ciencia Política. Universitat Oberta de Catalunya

RESUMEN: La sucesión intergeneracional de la empresa familiar es uno de los problemas que debe afrontar su propietario, pues de ello dependerá la continuidad de la misma en manos de la familia. Así pues, una planificación anticipada de la sucesión es clave para que esta transmisión sea lo más beneficiosa posible para todos los miembros familiares. Gracias a la modificación del artículo 831 del Código civil introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, la fiducia sucesoria ha pasado a tener un papel importante en la sucesión empresarial. A través de ella, será posible posponer el momento de determinar quién será beneficiario de la empresa y en la que la figura del cónyuge será determinante para lograr la voluntad del causante.

ABSTRACT: The inter-generation succession of family-owned company is one of the problems their owner must face, as their continuity will depend on it. Therefore, an early succession planning is the key to ensure this transmission to be as profitable as is possible to all family members. As a result of the amendment of article 831 of the Civil Code introduced by Law 41/2003 on 18th November, the trust in succession has become an important factor in corporate succession. Through it, it will be possible to postpone the moment

of determining who will be the company beneficiary and in which the figure of the spouse will be decisive to achieve the will of the causative.

PALABRAS CLAVE: Fiducia sucesoria. Empresa familiar. Sucesión. Testamento. Legítima. Conservación.

KEY WORDS: Succession trust. Family companies. Succession. Last will and testament. Legitimize. Continuity.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONCEPTO DE EMPRESA FAMILIAR.—III. LA FIDUCIA SUCESORIA: 1. Antecedentes de la fiducia sucesoria. 2. La codificación en derecho común. 3. Origen jurisprudencial. 4. Finalidad. 5. Ordenamiento foral.—IV. EL ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL: 1. Presupuestos de la fiducia sucesoria. 2. Naturaleza de la fiducia sucesoria.—V. LA FIDUCIA SUCESORIA Y LA EMPRESA FAMILIAR: 1. Forma de pago de la legítima.—VI. CONCLUSIONES.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La empresa familiar supone una parte muy importante de la población empresarial, y consecuentemente, incide de una forma directa en la economía de los distintos países y regiones. Las estimaciones que han sido publicadas por diferentes instituciones, tanto a nivel internacional, como nacional y autonómico, reflejan el importante peso que este tipo de entidades representan.

Según datos publicados por el Instituto de la Empresa Familiar, las empresas familiares suponen el 89% del total de empresas privadas españolas. Además, ocupan el 67% del empleo privado. Sobre la actividad económica su peso equivale a un 57% del PIB del sector privado[1]. Así pues, visualizando estas cifras, resulta fácil entender el impacto de este tipo de entidades y el porqué de la importancia de su estudio.

No obstante, y a pesar del peso que representan este tipo de entidades en la economía, debemos centrarnos en uno de los mayores problemas con los que debe enfrentarse: el cambio generacional en la dirección y/o propiedad.

La sucesión de una empresa es un hecho que, por lo general, y si esta funciona, tarde o temprano, termina por llegar. Este traspaso, en la mayoría de las compañías, suele llevarse con normalidad, no obstante, no puede decirse lo mismo de las denominadas «empresas familiares».

Este tipo de entidades se diferencian del resto, como bien indica su nombre, por su componente «familiar». Esto implica que, además de los aspectos propios que caracterizan a una empresa, se le añaden otros (como pueden ser su organización, forma de relacionarse internamente, cultura o fines) que afectan de forma directa al cambio de mando.

Cabe advertir que en España coexisten la legislación común y las distintas legislaciones forales en materia sucesoria. La aplicación de una y otra dependerá de la vecindad civil del causante.

El testamento, resulta una herramienta clave en todo este entramado, ya que a través de su otorgamiento, no solo se evita la apertura de la sucesión *ab intestato* sino que, además, permite distribuir el caudal relicto de la forma más conveniente, y en la que se incluye la empresa familiar. Así, el artículo 1056.1 del Código civil establece que «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». No obstante, sobre el posible obstáculo que puede representar ser la legítima, más adelante veremos como la legislación permite flexibilizar la rigidez que envuelve a esta figura para favorecer la transmisión de este tipo de empresas.

Así pues, uno de los aspectos clave para asegurar el éxito de la sucesión empresarial es planificarla con la debida anticipación. De este modo, el empresario puede tomarse un tiempo prudencial para identificar al sucesor idóneo e introducirlo gradualmente en el negocio. Esta forma de proceder supondría más ventajas que inconvenientes, ya que el sucesor se iría consolidando poco a poco, no solo ante clientes y proveedores, sino también ante los demás accionistas y familiares.

No obstante, en la práctica, suele ocurrir que gran parte de esta tipología de entidades no dispone de esta planificación de la sucesión empresarial. El motivo principal es que, al fundador, quien ha creado y ha dedicado gran parte de su vida a la empresa, le resulta costoso pensar en dejar esta actividad y consecuentemente se retrasa en exceso su marcha; o simplemente puede ocurrir que no siente la necesidad de acometer una situación de relevo generacional, pues la considera muy lejana. Cabe advertir, que estos motivos no solo afectan a dicha planificación sino que también pueden suponer un desánimo o relajamiento por parte de la siguiente generación, que no contemplan el momento de manejar la empresa.

La transmisión de la propiedad puede suceder de una sola vez, como ocurre cuando esta se dispone a través de testamento. No obstante, existen otras alternativas para que dicho traspaso se produzca de forma progresiva.

Así pues, se debe advertir que el traspaso de los cargos gerenciales de este tipo de entidades no conlleva necesariamente la transmisión de su propiedad. Por tanto, una de las soluciones que existen para que la sucesión de la empresa familiar no sea tan desapacible para su propietario, es que

el traspaso se realice de forma gradual, es decir, primero podría transmitirse la gerencia y en otro momento la propiedad, o bien se puede producir una transferencia cada cierto tiempo de porcentajes pequeños de acciones o participaciones sociales a quien o quienes se consideren más aptos para llevar las riendas de la empresa.

Con todo, una de las principales consecuencias que se han detectado en la sucesión generacional de esta tipología de entidades es la atomización de la propiedad. El hecho de que el fundador quiera favorecer a todos sus sucesores hereditarios de forma igualitaria, incluyendo seguramente uno de sus mejores logros que es la empresa, implica la fragmentación de la propiedad. Esto, puede conllevar a que resulte más dificultosa cualquier toma de decisiones afectando, consecuentemente, al gobierno de la compañía.

Así pues, planificar la sucesión empresarial, puede ayudar a lograr su éxito, y aún más al tratarse de empresas familiares. Por esta razón, y entre las múltiples herramientas que existen para ello, vamos a enfocar el presente estudio en la fiducia sucesoria.

Dentro del amplio marco que existe en torno a esta herramienta vamos a centrarnos concretamente en la fiducia sucesoria en la empresa familiar. De este modo, bajo la descripción de la terminología se reflejan dos figuras jurídicas: por un lado, la fiducia sucesoria, y por otro lado, la empresa familiar.

A tal efecto, debemos destacar la inexistencia de ambas en el Código civil. Así, la fiducia no aparece como tal categoría en el ámbito sucesorio, ni tampoco se nombra la empresa como tal[2], y por descontado, no se vislumbra en ningún momento el concepto de «empresa familiar». Asimismo, tampoco puede apreciarse ninguna conexión entre ambas figuras jurídicas[3].

Sobre esta evidencia, tan solo se puede advertir la necesidad de la regularización jurídica de ciertas realidades que se van creando con la praxis diaria y que todavía no tienen un respaldo jurídico propio sobre el que asentarse.

II. EL CONCEPTO DE EMPRESA FAMILIAR

No existe ninguna normativa que defina de manera unívoca el concepto de empresa. Así pues, la Comisión Europea ha elaborado su propia definición, y ha dispuesto que «se considerará empresa toda entidad, independientemente de su forma jurídica, que ejerza una actividad económica. En particular, se considerarán empresas las entidades que ejerzan una actividad artesanal u otras actividades a título individual o familiar, las sociedades de personas y las asociaciones que ejerzan una actividad económica de forma regular»[4]. Es decir, la Comisión requiere de dos supuestos indispensables para que una organización sea considerada como empresa: en primer lugar,

que exista una actividad económica y, en segundo término, que esta sea ejercida de forma habitual.

Por su parte, la jurisprudencia ha optado por definirla desde dos ámbitos distintos. El primero es desde el plano económico, como «organización de capital y trabajo destinada a la producción y a la intermediación de bienes o de servicios para el mercado»; y también como «organización de los factores de la producción (capital y trabajo) con el fin de obtener ganancias». El segundo es desde el ámbito jurídico, y afirma que según la rama del Derecho desde el que se quiera tratar, dicho concepto será definido de distinta manera, aunque todas mantienen un «núcleo esencial de identidad»[5].

De todo ello puede extraerse que la empresa es una unidad patrimonial, entendida como un conjunto organizado de elementos materiales, inmateriales y personales. Con independencia de su forma jurídica, ejercerá una actividad económica de forma habitual, continuada y duradera, y su finalidad es la obtención de beneficios a través de la satisfacción de una necesidad del mercado. Tal objeto se materializa en la producción o distribución de bienes o servicios a cambio de una prestación que normalmente suele ser económica. Además, para su existencia, requiere de una razón de ser y de la constitución de unos objetivos cuyos resultados vayan dirigidos a la obtención de ganancias.

Así pues, dependiendo del tipo de empresa de que se trate, la sucesión será más o menos complicada. De acuerdo con el artículo 659 del Código civil «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extinga por su muerte». Por tanto, se incluye a la empresa dentro de estos bienes. De este modo, y para preservar su integridad merece una especial atención en la planificación sucesoria.

Según PALAZÓN la sucesión *mortis causa* de la empresa tiene un carácter multidisplinar, ya que la empresa social se somete al Código de Comercio y leyes de sociedades y la empresa mercantil individual busca el derecho de sucesiones[6]. Con todo, cabe decir que las normas del derecho sucesorio están inspiradas en un tipo de economía agraria, y no mercantil[7]. Así pues, en la actualidad, y tal y como afirma SERRANO, en el ámbito civil prima el interés del causante. De este modo no se contempla una regulación en las normas sucesorias propia para las empresas, aunque sí es cierto que poco a poco se tiende a una regulación más permisiva y de mantenimiento de la empresa mercantil. Por ello, actualmente hay que partir de las normas generales, con las modificaciones que se han ido introduciendo[8].

Centrándonos más en la tipología de la empresa objeto de estudio, y tal y como se ha señalado anteriormente, una gran parte del tejido empresarial español está integrado por sociedades de carácter familiar. No obstante, se debe resaltar que sí existen alusiones sobre ellas. Esto produce, en primer lugar, una dispersión de la regulación y, en segundo lugar, ninguna de ellas

determina de forma jurídicamente vinculante qué requisitos son necesarios para que una empresa sea calificada como familiar.

Aun así, el artículo 1056.2.º del Código civil, y aunque sea de forma indirecta, hace una alusión a la empresa familiar al permitir que el testador, en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia, quiera conservar indivisa una explotación económica o mantener el control de una sociedad, atribuirla a un solo descendiente, disponiendo que se satisfaga en metálico la legítima a los demás interesados.

En el ámbito societario también aparece el componente familiar en el artículo 183 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, confiriendo al cónyuge, ascendiente o descendiente del socio el derecho a la representación voluntaria en la junta general de la sociedad de responsabilidad limitada. En cuanto a las sociedades anónimas, esta referencia al concepto familiar se encuentra en el artículo 187 del mismo Real Decreto al regular la no aplicación de las restricciones contempladas en los artículos 184 y 186 referentes a la representación en la sociedad anónima, cuando el representante sea el cónyuge o un ascendiente o descendiente del representado.

A mi juicio, con la publicación del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, se perdió una gran oportunidad para definir y regular el concepto de empresa familiar, si bien, en su exposición de motivos define a las sociedades de carácter familiar como «aquellas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes o consanguíneos o afines entre sí».

Conjeturas aparte, lo que es innegable es la realidad económica, jurídica y social de esta tipología de empresas. Es por ello que debe tomarse en consideración sus particularidades y prestar especial atención a una de las preocupaciones más relevantes de estas entidades, la sucesión generacional. Por tanto, lo que caracteriza a las empresas familiares es que la familia dirija de forma directa y activa la empresa, y que exista una continuidad intergeneracional.

III. LA FIDUCIA SUCESORIA

1. Antecedentes de la fiducia sucesoria

Desde antaño, los ordenamientos jurídicos han centrado sus esfuerzos en instaurar las formas por las que se deben establecer las disposiciones de última voluntad de una persona, siendo reacios en admitir la eficacia de cualquier otra manifestación que no sean las establecidas. Aun así, se han admitido las denominadas instituciones fiduciarias, como figura considerada «diferente» a las habituales.

La fiducia se remonta al Derecho Romano y tiene su origen en los actos de confianza. Deriva del latín *fideicommissum*, que es la conjunción de las palabras latinas *fides* (fe) *y commissus* (comisión). Si bien, ya en la misma Roma, la fiducia que había sido creada como una figura basada en la confianza se transformó en derecho de garantía. Por tanto, pasó de fiducia *cum amico* a fiducia *cum creditore*. Así pues, la fiducia se trata de un encargo que realiza el causante y cuyo cumplimiento no es jurídicamente obligatorio, aunque en su tiempo se trataba de una cuestión de honor el llevarlo a cabo[9].

Según algunos autores, la fiducia *cum amico* al inicio era utilizada con la finalidad de evitar la confiscación o embargo de bienes, confiándolos a personas que por su influencia social o política tuviesen garantías de inmunidad. No obstante, con el tiempo esta figura evolucionaría y acabaría siendo utilizada, con diversas finalidades, en el ámbito de las relaciones familiares[10]. Posteriormente la fiducia *cum amico* influirá en la configuración de la fiducia *cum creditore*[11].

La fiducia se aplicaba a todos los campos del derecho (obligaciones, contratos, patrimonios, familia), pero sobre todo en el ámbito sucesorio, que es el que nos ocupa.

2. La codificación en derecho común

El proyecto de Código civil de 1821 fue el primer intento codificador que se produjo en España. Este proyecto se realizó por una Comisión nombrada en 1820 para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 258 de la Constitución de 1812 el cual disponía: «El Código civil y criminal y el de Comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias puedan hacer las Cortes» No obstante, en lo que nos atañe, no resulta importante ya que tan solo se redactaron algunas partes (en concreto, el título preliminar «De las leyes» y los dos libros de la parte primera «De los derechos y de las obligaciones individuales») y el resto del Código nunca fue redactado. Por tanto, en este Proyecto no hubo redacción de la fiducia sucesoria ni tan siquiera de la facultad de mejorar y distribuir entre cónyuges[12].

Más tarde, la Real Orden de 22 de diciembre de 1831, hizo una regulación «sobre el derecho gradual de herencias que han de pagar los fideicomisos y patrimonios temporales eclesiásticos». A pesar de que la fiducia sucesoria seguía sin estar regulada en un texto codificado, es a través de esta Real Orden cuando se reconoce por primera vez, aunque de forma implícita, la existencia y validez de esta institución por medio de su tratamiento fiscal[13].

Tras otro intento de codificación de la legislación civil, con el Proyecto del Código civil de 1836 se dispuso en su artículo 2297 «Queda prohibido desde la promulgación de este Código el instituir heredero por fideicomiso, más podrá el testador encargar a persona determinada y capaz de obligarse, la custodia de la herencia o de un legado, con tal que no la releve de dar cuentas al heredero o legatario, ni quite a estos el derecho de tomar posesión cuando les acomode, previa indemnización de los gastos que para la custodia de la cosa hubiere hecho el encargado de ella». Así, a través de este proyecto se establece la prohibición de la idea fideicomisaria y consecuentemente también de la fiducia sucesoria.

No obstante, posteriormente, el Proyecto de Código civil de 1851, a pesar de recoger la prohibición general de los fideicomisos, en su artículo 663 introducía una forma de fiducia sucesoria entre cónyuges[14].

Finalmente, con la publicación del Código civil de 1889, aparece la fiducia sucesoria en su artículo 831, el cual ha sufrido una importante modificación. En la primera edición de este texto legal, se disponía lo siguiente: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá válidamente pactarse, en capitulaciones matrimoniales, que muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el finado». En principio, este artículo surge como una excepción a lo dispuesto en el artículo 830 del mismo texto legal, que prohíbe encomendar a otro la facultad de mejorar. Lo que motivó el desuso de este articulado fue que la facultad de mejorar tan solo podía utilizarse a través de capitulaciones matrimoniales. A esto se le debe añadir, además, que hasta la reforma de 1975 estas habían de otorgarse obligatoriamente antes de contraer matrimonio. Así pues, resulta lógico pensar que, cuando los futuros esposos quieren contraer matrimonio, el hecho de que se planteen una mejora en favor de alguno de sus hijos sobre su herencia sea improbable, en primer lugar porque no sabían a ciencia cierta si podrían tener o no hijos, y en segundo lugar porque de tenerlos, no pueden anticipar las aptitudes y capacidades que tendrán cada uno de ellos. Sobre esta cuestión, VALLET afirmó que se trataba de una disposición anómala y extraña introducida en el Código civil. Destaca que este artículo está formulado como excepción del artículo 830, y excluye su supuesto de las prohibiciones consignadas en los artículos 670 y 830 del mismo corpus legal[15]. Con todo, según la doctrina, a pesar de la reforma de 2 de mayo de 1975 la cual permitía modificar las capitulaciones durante el matrimonio, tampoco cambió la situación[16].

Con la reforma de 1981 el redactado del artículo quedaba del siguiente modo: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrá ordenarse

en testamento o en capitulaciones matrimoniales que muriendo el cónyuge otorgante pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias distribuir, a su prudente arbitrio, los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras y demás disposiciones del causante. Si no se hubiere señalado plazo, el viudo o viuda tendrá el de un año, contado desde la apertura de la sucesión, o en su caso desde la emancipación del último de los hijos comunes».

Con esta nueva modificación se producen interesantes cambios: desaparece la condición de que el causante fallezca intestado, se introduce un plazo para la realización de la distribución y, lo más destacable, es que se introduce el testamento como medio de articulación de esta figura jurídica.

3. Origen jurisprudencial

En cuanto a la jurisprudencia, la primera aparición de la fiducia sucesoria fue a través de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1944. Cierto es que, el Tribunal Supremo, aunque no siempre haya aludido de forma expresa al negocio fiduciario, si se podía observar, a través de múltiples de sus fallos, la presencia de los elementos característicos de la misma. Si bien, no fue hasta dicha sentencia de 1944 que se refiere de una forma tan clara y concreta.

Así pues, en su fundamento jurídico tercero dispone: «Considerando que a impulso de necesidades prácticas sentidas en todos los tiempos, las costumbres jurídicas y las legislaciones han dado acogida, con mayores o menores restricciones o aun prohibiciones, según los casos, a variadísimas manifestaciones de la fiducia testamentaria (entendida esta en su más amplio sentido), por la cual los testadores hacen o encomiendan determinados ruegos o encargos a un heredero o personas de su confianza, bien invistiéndole de la facultad omnímoda de elegir, por él, el heredero (testamento comisario), bien concediéndole nada más la facultad de designar el heredero o distribuir la herencia entre las personas u obras señaladas por el propio testador (herederos distributarios, heredamientos fiduciarios con elección encomendada a los parientes más próximos, cláusulas de confianza concedida al cónyuge viudo, etc.), ya imponiendo al heredero el cumplimiento de determinadas disposiciones (legados, cláusulas *sub modo,* fideicomisos, donaciones, *mortis causa* con transmisión fiduciaria, etc.) o remitiéndose a las que establezca y dicte el propio otorgante, fuera del testamento, en escritos complementarios (memorias testamentarias), ya, finalmente, confiando a esa persona de su confianza la ejecución de su última voluntad (albaceazgo), ora con la obligación normal de rendir cuentas de su gestión, ora relevándose de esta obligación (albaceazgo de confianza)»[17].

4. Finalidad

Como ya he se ha expuesto con anterioridad, el objetivo del artículo 831 del Código civil ha ido variando, pues se ha ido adaptando a la resolución de los problemas propios de cada época. Sin embargo, las finalidades de dicho artículo, en su redacción originaria del Código civil, ya estaban enfocadas a mantener el patrimonio familiar lo más unido posible, y la manera de conseguirlo es evitar la apertura de la sucesión legal si el difunto fallece sin haber otorgado testamento.

De este modo, autores como DÍAZ FUENTES consideran que «entre los propósitos de este precepto se cuenta el de diferir, aun hasta después del óbito del causante, la designación del elegido para continuador en la explotación familiar, haciendo recaer sobre el viudo su nombramiento en previsión de que el fallecimiento del *de cuius* acontezca antes de poder los descendientes revelar sus respectivas aptitudes para ser preferidos»[18] o SECO CARO que defiende que «puede mantenerse unido el patrimonio indivisible familiar, evitar la disgregación de la propiedad territorial o de establecimientos y empresas mercantiles e industriales, quedar fortalecido el poder familiar»[19].

Así pues, con la modificación de 1981 a través de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, lo que se pretendió es, y como bien señala RUEDA ESTEBAN, «apuntar un principio de organización de la partición del patrimonio familiar»[20]; es decir, cuando el causante no haya dispuesto todo o parte de su patrimonio, tiene la facultad de conceder al cónyuge supérstite la facultad de distribuir y mejorar los bienes sobre los que no dispuso. De este modo, existe la posibilidad de hacer un reparto desigual de los bienes entre los descendientes comunes. Con esta acción del cónyuge resulta viable conservar en su integridad una explotación agrícola, mercantil o empresarial (entre otras), ya que esta podría ser adjudicada por completo a aquel hijo común de ambos cónyuges que, a juicio del supérstite, sea el más apto para darle continuidad.

Al hilo de lo anterior, con la publicación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (en adelante Ley 41/2003), también se modificó el artículo 831 del Código civil. De su exposición de motivos se desprende textualmente que «se reforma el artículo 831 del Código civil, con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia

del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí».[21]. Si bien es cierto que *a priori* la modificación del artículo 831 del Código civil introducida por esta ley está destinada a favorecer a los descendientes discapacitados del causante, al mismo tiempo y como se verá más adelante, puede ser utilizada como herramienta útil para la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar.

Han sido muchos los autores que han tratado la reforma realizada en 2003 del artículo 831 del Código civil. No obstante, también es cierto que casi todos ellos coinciden en que la introducción de una «nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad» no obedece en realidad a una nueva figura jurídica, sino lo que se hace es dar nuevo contenido a la tradicional fiducia sucesoria[22]. Además, es notorio que a pesar del título de la propia ley («protección patrimonial de las personas con discapacidad y modificación del Código civil […]») y de lo dispuesto en la propia exposición de motivos, no se hace referencia, de forma expresa, que tal artículo está dirigido a las personas con discapacidad. Por tanto, se entiende que es de aplicación a todos aquellos progenitores que tengan descendencia común, siendo intrascendente que estos últimos sean o no discapacitados. Sobre este aspecto DIE LOMANA resalta que lo positivo de esta reforma es que «aunque sea puntual y solo para progenitores con descendientes comunes, reduce de forma considerable las limitaciones legitimarias del Código civil»[23]

5. Ordenamiento foral

Las bases en que fundamentaban el ordenamiento sucesorio foral, según LACRUZ, eran: una estructura de legítimas flexible que posibilitaba la transmisión íntegra del patrimonio al sucesor único; el contrato sucesorio que permite asegurar al heredero y, un mecanismo de elección de ese heredero si este no se ha realizado en vida del dueño de la heredad[24].

En la actualidad, la fiducia sucesoria u ordenación de la sucesión por comisario, se halla regulada en determinados territorios con derecho civil especial o foral, entre los que destacan:

- Galicia: Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia (arts. 196-202).

- País Vasco: Ley 5/2015, de 25 de junio, de derecho civil vasco (arts. 30-46).
- Comunidad Foral de Navarra: Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del derecho civil foral de Navarra (arts. 281-295).
- Aragón: Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del derecho foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas (arts. 439-463)
- Cataluña: Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (art. 424.1 - art. 424.15)
- Islas Baleares: Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares (arts. 13, 18-24, 71 y 73).

IV. EL ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL

Como ya se ha dicho con anterioridad, el problema de la sucesión *mortis causa* de la empresa familiar ha sido objeto de estudio por diversos autores dada su importancia y el impacto que esta tiene en la economía del país. Además, si a los problemas comunes que de por sí conlleva toda sucesión, le añadimos la falta de regulación testamentaria, se multiplica el riesgo, no solo para la conservación de la empresa, sino para su continuidad[25]. Sobre esta línea, DÍEZ-PICAZO señala que «los dos problemas fundamentales, ligados estrechamente no solo con el interés de los sujetos de la propia sucesión, sino ante todo el interés general del comercio y del tráfico jurídico […] son, por un lado, hacer posible la continuidad de la empresa, de tal manera que esta como unidad de producción no deje de funcionar ni un solo momento; por otro lado, la conservación de la empresa, de manera tal que el fenómeno sucesorio no aboque a una disolución o liquidación de la empresa»[26].

Pues bien, dejando al margen la evidente y sabida problemática que envuelve la transmisión sucesoria de las empresas familiares, vamos a centrarnos en la fiducia sucesoria como un medio útil para sobrevivir al fenómeno sucesorio de las empresas familiares.

Si el empresario pretende transmitir la propiedad de la empresa a un único descendiente, aquel que se considera más apto para alcanzar el deseo del empresario, uno de los cauces para lograrlo es vía testamento, legando la empresa a uno de sus herederos, o a través de la facultad de partir que contempla el artículo 1056 párrafo 2.º del Código civil. No obstante, si se opta por esta fórmula puede ocurrir que el heredero designado como

beneficiario de la empresa, en el momento en que deba hacerse efectiva la sucesión, no reúna los requisitos de aptitud necesarios que tenía previstos el causante, ya que en el transcurso del tiempo entre el momento en que se otorgó el testamento y la apertura de la sucesión, puede que las circunstancias objetivas y subjetivas que motivaron al causante para la determinación del heredero beneficiario de la empresa familiar hayan cambiado. De este modo, puede afirmarse que estas formas de designación pueden resultar no ser siempre efectivas.

Como alternativa al testamento podemos acudir al artículo 831 del Código civil, el cual permite unificar, por un lado, el interés del empresario manifestado a través de las disposiciones testamentarias; por otro el interés de la empresa y, además, el interés de la sociedad en general, acomodando estos intereses al momento de la efectividad de la sucesión de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Código civil «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas»[27].

Este precepto, a pesar de que se presenta como una excepción a la prohibición de los pactos sucesorios y a la delegación de la facultad de mejorar del artículo 830 del Código civil, se analizará desde la perspectiva de la posibilidad de distribuir, mejorando, y como excepción de los artículos 670 y 1057.1 del Código civil.

1. Presupuestos de la fiducia sucesoria

De la lectura del artículo 831 del Código civil se pueden deducir los siguientes presupuestos para que la fiducia pueda ejercitarse:

1.º. La muerte del testador concedente de la facultad de delegación.

Para que exista un llamamiento sucesorio es necesario el fallecimiento del testador. Por tanto, y en lo que respecta a este estudio, la defunción del concedente es condición *sine qua non* para que pueda tener efecto la delegación.

2.º. Que exista matrimonio o relación análoga a la matrimonial.

En este punto, con anterioridad a la reforma de 2003, era condición indispensable el matrimonio para que la delegación pudiese ser efectiva. No obstante, se admitía otorgar la delegación sin estar casado en ese momento, aunque para que esta pudiese ser efectiva era necesario haberse celebrado el matrimonio. En caso contrario, la delegación no existiría.

Sin embargo, tras la reforma del artículo 831 del Código civil, se admite que esta delegación pueda concederse entre progenitores que tengan descendencia común, y con la novedad de que no es necesario que estos estén casados entre sí. De esta forma, y como la ley no distingue nada al

respecto, tienen cabida tanto las parejas estables de hecho como aquellos que no lo son pero que tienen descendencia común. Resulta obvio pensar, que lo que la legislación trata de hacer es adaptarse a los nuevos cambios sociales y a los nuevos modelos de familia existentes[28].

Aunque pueda parecer extraño, el matrimonio, necesita un mayor detenimiento, al poderse producir situaciones producidas antes del fallecimiento del concedente, que hagan dudar de si realmente persiste o no la eficacia de la delegación.

Si la situación matrimonial al fallecimiento del cónyuge que concede la fiducia es normal, *a priori* el sobreviviente podrá ejercer la facultad concedida sin problemas. Pero ¿qué pasa en los supuestos de divorcio, nulidad matrimonial o incluso separación de los cónyuges? A tal efecto debemos remitirnos a los artículos 102 y 106 del Código civil. Así pues, en el supuesto de que el cónyuge fiduciante falleciera cuando el proceso de nulidad, separación o divorcio se halla meramente incoado «quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro»[29]. En aquellos casos en los que ya existiera sentencia «la revocación de consentimientos y poderes se entiende definitiva»[30].

Sobre la línea de lo expuesto, en los casos de reconciliación tras el divorcio, no implica la recuperación de la fiducia extinguida con el proceso. Sin embargo, no existe ningún obstáculo para que la pareja pueda volver a contraer matrimonio entre sí, o constituirse en pareja de hecho, y así poder volver a concederse esta facultad.

Caso distinto es el de la separación legal que, a pesar de que es motivo de extinción de la fiducia, es posible recobrarla en caso de reconciliación, siempre y cuando el concedente no la hubiere revocado en un testamento posterior.

De todo lo expuesto hasta ahora, cabe plantear otra pregunta ¿existe la posibilidad de que el testador pueda delegar la facultad contenida en el artículo 831 a favor de su excónyuge o de su cónyuge separado judicialmente o de hecho? A pesar de que tal cuestión puede parecer un tanto desorbitada, pueden existir casos en los que unos progenitores, a pesar de manifestar sus desavenencias como pareja, siguen confiando recíprocamente en que el otro es la persona que seguro mejor cuidará y atenderá los intereses de los descendientes comunes. A tal efecto, parece que la reforma de 2003 sí contempló esta situación al incorporar en el artículo 831 párrafo 5 cuando trata de la cesación de las facultades conferidas al cónyuge la salvedad de «que el testador hubiera dispuesto otra cosa». Por tanto, y en base al principio de la autonomía de la voluntad, el testador sí puede mantener la fiducia sucesoria aunque su matrimonio no continúe por nulidad, separación o divorcio[31].

Lo expuesto hasta ahora también sirve como solución cuando el cónyuge sobreviviente contrae ulterior matrimonio o mantiene relación de he-

cho análoga. Por tanto, en estos casos también prevalecerá la voluntad del causante sobre la legislativa.

Por último cabe contemplar los supuestos en los que el cónyuge sobreviviente hubiere ejercitado y consumado la delegación de las facultades concedidas por el artículo 831 del Código civil y posteriormente ha contraído nuevas nupcias. Tal y como señala RIVAS MARTÍNEZ si esa facultad la ha ejercido el supérstite en estado de viudez, no se invalida ese ejercicio, pues se trata de un hecho posterior que no puede producir retroactivamente efectos invalidatorios[32].

Con todo, cabe concluir que la mejor solución para evitar dudas y futuros problemas sobre los efectos de la delegación en casos de crisis matrimoniales o cuando existe un ulterior matrimonio o relación de hecho análoga o un hijo no común, es que el testador las regule previamente.

3.º. Que sobrevivan hijos comunes.

Este requisito se presume lógico y evidente, pues el motivo por el que se plantea y que causa la delegación son justamente los descendientes. La ley no hace ninguna distinción sobre su filiación, es decir, no tiene en cuenta si esta es matrimonial o no matrimonial o incluso adoptiva. Lo único que se exige es que sean comunes a ambos progenitores. De esta forma, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 del Código civil, todos ellos pueden ser indistintamente mejorados.

Cuestión distinta es el hecho de que el cónyuge sobreviviente tenga hijos no comunes una vez fallecido el causante. A tal efecto, el propio artículo 831 párrafo 5 del Código civil lo considera como causa de cesación del encargo. De este modo, debe resaltarse que la ley habla de forma futura al decir «tenido algún hijo no común», y no utiliza la forma pasada. Si bien es cierto, y tal y como hemos indicado con anterioridad, la propia legislación deja al arbitrio del testador, conforme al principio de autonomía de la voluntad, que este pueda decidir en última instancia si, a pesar de que pueda producirse tal situación, siga teniendo eficacia la delegación conferida.

Sin embargo, para el caso de que el cónyuge supérstite tenga hijos de un matrimonio anterior, no impediría el ejercicio de la facultad que le ha sido conferida, aunque estos quedarían totalmente excluidos del reparto, pues son herederos del fiduciario pero no del causante. No obstante, cabe plantearse esta cuestión a la inversa, es decir, ¿qué sucede si es el causante el que tuviere hijos de un anterior matrimonio? Pues bien, entendemos que en este caso tampoco quedaría sin efecto la delegación, sin embargo, consideramos que en estos supuestos puede aparecer el riesgo de que el cónyuge mejore a los hijos comunes en perjuicio de los demás.

Por tanto, de todo lo expuesto hasta ahora, puede concluirse que lo dispuesto en el artículo 831 del Código se fundamenta en la relación de confianza existente entre los progenitores que tienen descendencia común.

Así pues, tanto si nos encontramos ante un matrimonio como una pareja de hecho, la existencia de hijos comunes no es el único requisito que debe tenerse en cuenta para valorar la validez o no de la fiducia, sino que también debe existir una *affectio maritalis* entre los progenitores. Tal y como afirma RUEDA ESTEBAN, la confianza sobre la que se asienta la fiducia tiene como base la convivencia. Por tanto, cuando esta ya no existe la delegación pierde su efecto, pues la confianza ha desaparecido[33].

2. Naturaleza de la fiducia sucesoria

En el acto de la fiducia existen dos voluntades distintas, por un lado la del fideicomitente, que en nuestro caso sería el causante; y por otro la del fiduciario, que es la persona que recibe el encargo. Sin embargo, este hecho no implica que la voluntad del causante sea considerada como la principal y la del fiduciario subsidiaria, sino que el negocio jurídico sucesorio es uno exclusivamente. Por tanto, ambas voluntades se consideran como principales, y conforman entre ambas una sola[34] con un objetivo, que en nuestro caso es el mantenimiento y continuidad de la empresa familiar.

Por su parte, el cónyuge viudo, puede ejercitar su cometido a través de dos vías distintas: por un lado, a través de testamento; o bien por acto *inter vivos*, en este caso puede realizarse en un solo acto o en sucesivos actos de mejora con asignaciones parciales, las cuales en ningún caso podrán calificarse como donaciones.

Una vez el fiduciario ha ejercido su función y ha realizado las mejoras a los descendientes, debe tener en cuenta que estas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 657, 661 y 758.1 del Código civil, se retrotraen a la fecha de fallecimiento del causante.

Consideramos que se debe incidir también en el carácter excepcional que envuelve el artículo 831 del Código civil. La frase inicial de este artículo dice textualmente «No obstante, lo establecido en el artículo anterior…», por lo que deja al artículo que le antecede el principio general a través del cual se establece la prohibición de encomendar a otra persona la facultad de mejorar. Pues bien, entendemos que dadas las amplias facultades de delegación que ofrece el artículo 831, en las que incluso ha dado cabida a las parejas estables, hubiese sido favorable convertir este artículo en la regla general positiva, dejando lo dispuesto en el artículo 830 del mismo texto legal como la excepción negativa para las demás formas de delegación de la facultad de mejorar.

Por último, la nueva redacción del artículo 831 del Código civil introducida tras reforma de 2003 ha traído consigo varias novedades, entre las más destacadas se encuentran:

En primer lugar, la supresión de la posibilidad de otorgar la fiducia sucesoria a través de capitulaciones matrimoniales, pasando a ser el testamento la única herramienta jurídica a través de la cual se puede instrumentar.

En segundo lugar, es factible delegar que la posibilidad de mejorar se realice, incluso, con cargo al tercio de libre disposición. Sobre este punto, GÓMEZ GÁLLIGO se ha pronunciado y ha afirmado que lo que se ha hecho es ampliar la facultad de distribuir extendiéndola al tercio de libre disposición, quedando por tanto desvinculada de la facultad de mejorar[35].

En tercer lugar, se puede delegar la posibilidad de hacer adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio particional, incluidos aquellos que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar.

Además, las disposiciones del cónyuge supérstite que tengan por objeto bienes específicos podrán conferir, no solo la propiedad, sino también la posesión por el hecho de la aceptación por el favorecido, a excepción que en ellas se establezca otra cosa.

También se amplían los plazos para realizar las mejoras, adjudicaciones o atribuciones. Sobre esta línea, el testador incluso puede permitir que su cónyuge cumpla la delegación en su propio testamento[36].

En cuarto lugar, la administración de los bienes se confiere al cónyuge sobreviviente. Esta facultad será así salvo que el testador haya dispuesto otra cosa. Sobre este aspecto RIVAS MARTÍNEZ se pronuncia diciendo que el artículo 831 del Código civil «guarda silencio sobre la amplitud y facultades que pueden corresponder al sobreviviente en la administración».

En quinto lugar, regula el respeto a las legítimas y disposiciones del causante tanto de hijos comunes como no comunes. Hoy en día, y a la vista de cómo han evolucionado los modelos de familia, esta apreciación toma especial relevancia, ya que cada vez son más las parejas que conviven con hijos fruto de relaciones anteriores.

Y por último se mantiene el cese de las funciones del cónyuge supérstite si contrae nuevo matrimonio, y se amplía a supuestos de relación de hecho análoga o si se tiene algún hijo no común. La exigencia de que el cónyuge no contraiga nuevas nupcias ya se establecía en la redacción originaria del artículo 831 del Código civil, pues su fundamento reside en evitar que exista una oposición de intereses con el nuevo esposo.

En cuanto a las nuevas relaciones de hecho familiares, consideramos que su introducción era necesaria debido a la «modernización» del concepto tradicional de familia y en la aceptación de relaciones de parejas distintas del matrimonio. Así pues, su fundamento se puede equipar al del nuevo matrimonio.

Así pues, de lo expuesto hasta ahora puede deducirse que si el sobreviviente hubiese ejercitado en todo o en parte la facultad que le ha sido conferida antes de pasar a ulterior matrimonio o relación de hecho análoga

o tener algún hijo no común, no habría ningún problema, ya que se tratan de hechos posteriores que no pueden producir retroactivamente efectos invalidatorios[37]. En caso contrario, si el sobreviviente no lo hubiese ejercitado antes de que se den estas circunstancias, esto provocaría la extinción dela facultad concedida. Sin embargo, cabe la posibilidad de que el testador pueda dispensar estas causas de extinción, siempre y cuando lo haga constar de forma expresa en el testamento[38].

Cabe resaltar que, una vez se produce alguna de las circunstancias contempladas en el apartado 5 del artículo 831 del Código civil conlleva, desde ese mismo momento, la extinción de la facultad concedida. Esto implica que, en caso de que el ulterior matrimonio no fuese válido o se disolviera, que la relación de hecho análoga ya no existiera o el hijo no común posterior falleciera, no se volverá a recuperar la facultad que en su día se le concedió, sino que esta queda extinguida de forma definitiva.

V. LA FIDUCIA SUCESORIA Y LA EMPRESA FAMILIAR

La publicación de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, ha tenido un gran impacto para las empresas objeto de este estudio. Así pues, a pesar de que esta ley tiene como objetivo, tal y como su propio nombre indica, la protección del patrimonio de las personas con discapacidad, también ha servido para modificar algunos artículos del Código civil, entre el ellos el ya tan mencionado artículo 831.

Por lo general, la empresa familiar suele constituir el bien de mayor valor que constituye la herencia del empresario. Por este motivo, y al ser el objetivo principal de estas entidades evitar su atomización, es necesario elaborar una planificación sucesoria que ayude a su transmisión.

La fiducia sucesoria aparece como una herramienta útil para estas entidades, sobre todo para aquellos casos en los que se produce una muerte prematura del empresario. Como ya se ha señalado con anterioridad, puede darse el caso de que el propietario otorgue testamento, y en ese momento ya designe a un descendiente, que considera que es el más apto, para sucederle en la empresa, sin embargo en el momento de la apertura de la sucesión resulta que esa decisión no fue la más acertada. También puede ocurrir que el empresario, en el momento de otorgar el testamento, no tenga claro quién es la persona más adecuada para relevarle, bien porque sus descendientes son de corta edad y todavía no han desarrollado sus aptitudes e intereses, o bien porque alguno de ellos esté en algún proceso o se prevea que pueda estar incapacitado a corto o largo plazo, etc.

Además, no debe olvidarse, ni pasar por alto, que el cónyuge es de gran importancia para la composición del patrimonio familiar, pues su apoyo y ayuda es fundamental para su obtención. De esta manera, es lógico que el empresario quiera o necesite de alguna manera posicionar o involucrar a su consorte en una decisión tan importante para la empresa que han estado construyendo a lo largo de los años.

Así pues, a través de esta figura jurídica, es posible que entre los cónyuges, o las personas no casadas entre sí pero con descendencia común, puedan encomendar al otro la facultad de disponer, una vez fallecido el testador, de los bienes que componen la herencia entre los descendientes comunes. De este modo, no solo se consigue minimizar los efectos nocivos de una decisión precipitada, sino que además se implica al cónyuge en una las decisiones más importantes para la empresa familiar.

Cabe resaltar que, a través de la reforma introducida gracias a la publicación de la Ley 41/2003, la excepcionalidad que reviste al artículo 831 del Código civil se ha visto reforzada ya que, al ser formulado como excepción del artículo 830, excluye su supuesto de las prohibiciones establecidas en los artículos 670 y 830 del mismo texto legal. Por tanto, permite otorgar al cónyuge supérstite, por un lado, mayores facultades que las establecidas en el artículo 1057, y por otro lado, más poder que el que se le confiere al contador-partidor para realizar la partición hereditaria.

Dicha excepcionalidad también supone, válgase la redundancia, una excepción a la prohibición de realizar pactos sobre la herencia futura, salvo la división *inter vivos* de un caudal conforme al artículo 1056; la prohibición de dejar la formación de un testamento, en todo o en parte, al arbitrio de un tercero o hacerlo por medio de comisario o mandatario; la prohibición de encomendar a otro la facultad de mejorar; y al artículo 1057 que tan solo permite al testador encomendar por actos *inter vivos* o *mortis causa* la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que no sea uno de los coherederos.

Los límites que derivan del principio de libertad de testar, amparados por los artículos 670 y 669 del Código civil, hacen que este principio sea un derecho irrenunciable en el derecho común[39]. Aún así, considero que el artículo 831 es una excepción a lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 670 cuando habla del testamento y dice que «no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de tercero», pues a pesar de que el cónyuge sobreviviente ejercitara su mandato en testamento, debe considerarse que lo hace en el suyo propio y no en el del causante. Además, lo dispuesto en este último artículo, se refiere a la incidencia directa de ese tercero en las disposiciones incorporadas en el documento, hecho que ocurre en la fiducia sucesoria.

Por todo lo expuesto, puede afirmarse que el artículo 831 se considera como una anomalía del Código civil por lo que debe ser interpretado de

forma restrictiva. Además, debe resaltarse el parentesco de esta norma con algunas instituciones forales como la fiducia sucesoria aragonesa, contemplada en el título IV del libro III del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas; el distribuidor introducido en los artículos 18 a 24 del Derecho Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares; la facultad de designar y distribuir que se da al cónyuge sobreviviente en el Derecho catalán; o la figura del fiduciario-comisario del Derecho navarro. A estas normas son a las que se deberá remitir para la interpretación de las lagunas, integración y aplicación analógica.

Antiguamente, en los contratos y en las capitulaciones matrimoniales de las Provincias de Fueros, se solía introducir una cláusula a través de la cual se autorizaba al cónyuge sobreviviente, siempre que el causante hubiese muerto intestado, para que pudiese disponer libremente de los bienes del difunto entre los hijos comunes de aquel matrimonio, aunque siempre se le daba más a uno que a otro. Con esta fórmula, y como afirmaba GARCÍA GOYENA, lo que se conseguía era que se mantuviera «el respeto y dependencia de los hijos particularmente hacia su madre viuda; y se conservaba así la disciplina doméstica, a más de que se evitaban los desastrosos juicios de testamentaria»[40].

Como ya se ha dicho, la facultad otorgada al cónyuge, o las personas no casadas entre sí, sobre la posibilidad de que puedan designar porciones desiguales en que hayan de suceder los hijos comunes, debe entenderse de forma amplia. Esta capacidad de mejorar no está circunscrita al tercio de mejora, sino que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 831.1 del Código civil, puede realizarse con cargo al tercio de libre disposición. Si bien, dicho artículo sí establece unos límites que son, por un lado, el respecto a las legítimas y, por otro lado, las demás disposiciones del causante. En cuanto a la legítima se entiende que se refiere a la legítima estricta, ya que la propia norma permite la delegación respecto del tercio de mejora. Y cuando se pronuncia sobre las «disposiciones del causante» pueden ser: legados, instituciones de heredero, normas de imputación así como actos particionales efectuados por el propio testador, ya sea en el propio testamento, ya sea en documento público de fecha posterior[41]. Además, esta facultad de mejorar incluye la de efectuar toda clase de mejoras, ya sean de cuota, con o sin asignación de bienes concretos; o bien de cosa determinada, con o sin asignación de cuota[42].

Por tanto, a raíz de la modificación introducida en 2003 sobre el artículo 831 del Código civil, existen unas limitaciones del fiduciario. En primer lugar, el respeto a las legítimas, sobre la cual se establece un régimen distinto

de protección según sean descendientes comunes o no comunes (véase el artículo 831.3 para los comunes, y el artículo 831.4 para los no comunes). Y, en segundo lugar, el respeto de las disposiciones del testador, que engloban no solo las dispuestas a través de testamento, sino aquellas otras otorgadas *inter vivos* o *mortis causa*, tanto de carácter dispositivo como particional, ya sean otorgadas a favor de descendientes comunes o no, como a favor de extraños o cualesquiera otras disposiciones, sean patrimoniales o no. Sobre esta idea RUEDA ESTEBAN afirma que «el delegado solamente ocupará el "espacio vacío" que el delegante haya dejado son ocupar»[43].

Esta voluntad del causante puede manifestarse no solo sobre los bienes sobre los que puede disponer, sino que también puede expresar sobre la forma en que el fiduciario debe ejercer sus facultades. Es decir, puede disponer restricciones o establecer la forma de ejercicio de las facultades del fiduciario, pronunciarse sobre un grupo determinado de personas a las que deba beneficiarse, fijar los criterios a seguir para decidir a quién se mejora o establecer un plazo concreto para llevarlo a cabo, o si permite que las haga en testamento, entre otras. Además, el fiduciario tiene la obligación de respetar todas las instrucciones u órdenes del testador que están relacionadas con la partición, ya sea en forma de valoración como de cualificación de bienes y atribuciones.

El límite de respeto a las legítimas y su carácter imperativo aparece en todas las versiones del artículo 831 del Código civil, el cual ha de ser interpretado tanto de la perspectiva de la intangibilidad cualitativa como de la cualitativa. No obstante, no fue hasta la publicación de la Ley 41/2003, que se introduce, por primera vez, la expresión «legítima estricta» en el Código, a pesar de que esta ya estuviera consolidada tanto por la doctrina como la jurisprudencia.

De este modo, por lo que se refiere al respeto de la legítima estricta de los descendientes comunes, el artículo 831 del Código civil, le dedica un apartado distinto, concretamente el tercero. Este hecho indica que se trata de una regulación específica y que la legislación quiere diferenciarla de la de los hijos no comunes. Así pues, se pueden apreciar tres notas características de dicho articulado, que la hacen distinta respecto al régimen general de las legítimas de los herederos forzosos contemplado en los artículos 806 y siguientes el mismo texto legal.

En primer lugar utiliza la palabra «respeto». Tal y como indica RUEDA ESTEBAN a pesar de que se podían haber empleado otros términos como, por ejemplo, «sin perjuicio» o «se deberán cumplir», entre otros, la utilización de este término nos señala que, a pesar de que se aplican las reglas generales de protección de los derechos legitimarios de los herederos forzosos, debe tenerse en cuenta las especialidades y particularidades que se infieren del texto del artículo 831 del Código civil. Cabe resaltar que para los hijos no comunes se emplea un término más exigente: «no alterará»[44].

En segundo lugar, al tratar sobre los hijos comunes se refiere textualmente a las «legítimas estrictas», cosa que no sucede cuando trata a los descendientes no comunes en el siguiente apartado. Ello significa que la delegación que se hace en el fiduciario, en relación a los hijos o descendientes comunes, se refiere a los tercios de mejora y libre disposición, quedando por tanto, fuera de sus facultades la del tercio de legítima estricta.

Por último, y en tercer lugar, el texto del artículo 831 del Código civil diferencia a los descendientes comunes de los no comunes, hasta el punto de que están contemplados en diferentes apartados del mismo artículo.

Sobre este punto, existe discrepancia entre la doctrina. Así pues, una parte admite que el otorgamiento de la fiducia permitirá dejar a los descendientes legitimarios del premuerto no comunes con el delegante tan solo la legítima estricta[45]; sin embargo, otra parte considera que el precepto impone el respeto de la legítima amplia[46]. A tal efecto, y ante la falta de respuesta por parte de la norma, resulta necesario interpretar el texto del artículo 831.4 del Código civil, y referente a los hijos no comunes, cuando dice «no alterará el régimen de las legítimas…». Para ello, GARCÍA RUBIO[47] propone distintas interpretaciones para dar solución respecto a las partes de la herencia sobre las que el fiduciario puede mejorar.

Suponiendo que el causante no haya dispuesto nada al respecto, pues de lo contrario deberá atenderse a su voluntad, la autora mencionada propone las siguientes soluciones: la primera, parte de la división teórica de la herencia del premuerto en los tercios de legítima estricta, mejora y libre disposición, que supondría que los hijos comunes y no comunes concurran a parte iguales en el primero, pudiendo el viudo agotar los otros dos tercios a favor únicamente de todos o algunos de los hijos comunes, de tal suerte que el otorgamiento de las facultades del 831 supondría en la práctica la relegación de los descendientes del premuerto que no fueran del fiduciario a su legítima estricta. La segunda posibilidad supone el reparto igualitario de la herencia entre los hijos (o quienes los representen en la sucesión) comunes y no comunes, de suerte que el fiduciario solo podrá ejercitar sus facultades respecto a la porción de la herencia que corresponda a los hijos comunes, permaneciendo intacta la cuota de los otros. Y, por último, la tercera opción, la cual también es propuesta por LÓPEZ BELTRÁN HEREDIA[48], es que los tercios de legítima estricta y de mejora habrán de distribuirse igualitariamente entre los descendientes comunes y no comunes; el delegado podrá mejorar a todos o algunos de los comunes con el tercio de libre disposición y con la parte del de mejora que hubiera correspondido a esos mismos sujetos, pero en ningún caso con la de los no comunes.

Con todo, consideramos que la primera solución sería la más acertada, pues se trata de una fiducia completa y es la voluntad del causante la que

determina su sucesión, siempre que respete los límites de la legítima de los hijos, sin distinguir entre comunes y no comunes.

Así pues, si el causante con hijos de distintos matrimonios, delega en su cónyuge, deberá tener en cuenta que es probable que los hijos no comunes con su último matrimonio puedan quedarse únicamente con la legítima estricta, pues el fiduciario lo más seguro es que mejore en todo lo que pueda a sus hijos, en detrimento de los no comunes. Por lo que, si deseara evitar tal situación lo más conveniente sería que limitase las facultades de mejora del fiduciario.

Por tanto, puede afirmarse que en primer lugar prevalece la voluntad del causante, y además, si no se ha dicho nada en contra, la ley establece la obligación de que todos reciban su parte igual en el tercio de legítima estricta.

De todos modos, tal y como reconoce RUEDA ESTEBAN, parece que, con los límites señalados, el artículo 831.4 del Código civil otorga facultades particionales también en relación con los descendientes no comunes y con los extraños beneficiados con disposiciones del causante. No obstante, el mismo autor pone de relieve algunos obstáculos, como los derivados del conflicto de intereses entre contador-partidor y descendientes no comunes y extraños (art. 1057), o la regulación como supuestos diferenciados de los previstos en los puntos 3 y 4 del artículo 831. Al mismo tiempo llega a ciertas conclusiones que resulta interesante exponer; señala que el artículo 831 no autoriza la delegación de la facultad de mejorar a favor de los hijos de finado que no sean comunes, pero tampoco la prohíbe, por lo que no ve obstáculo, en situaciones de confianza absoluta con el supérstite, para que el causante le autorice también a mejorar a los hijos de un anterior matrimonio o unión de hecho, si el testador aprecia una buena relación entre ellos[49]. No obstante, y a pesar de lo atrayente de esta propuesta, esta no puede llevarse a cabo pues dicha posibilidad no está contemplada en el artículo 831 el cual menciona exclusivamente la facultad con relación «a los hijos o descendientes comunes». Por tanto, al tratarse de un precepto excepcional, no es posible la interpretación extensiva del precepto.

1. Forma de pago de la legítima

Hasta ahora hemos visto la importancia que juega la legítima en el momento de la sucesión y cómo esta pueda afectar en la trasmisión en unidad de la entidad familiar.

La mayor parte de la doctrina entiende que, en estos casos, la figura del legitimario es la de un legatario de la legítima estricta en metálico. En la práctica, esta idea recobra una especial importancia puesto que, si fuere un heredero, tendría la responsabilidad solidaria del artículo 1084 del Código civil frente a

los acreedores de la herencia, hecho que consideramos sería del todo inicuo. Es por ello que debe ser un legatario de cuota. Esto será así, con independencia de que a esa persona se le designe heredero, pues el artículo 675 del mismo articulado establece como prioridad la intención del legislador, la cual, fue la de nombrar heredero al adjudicatario relegando a los otros interesados a un legado de legítima. Todo ello, de conformidad con los artículos 668 y 768 del Código civil, de los que se extrae que dejar la legítima en metálico, aunque sea extrahereditario, supone no querer atribuir la condición de heredero.

Sin embargo, otros autores entienden que con la modificación hecha en 2003 sobre el artículo 1056.2 se llega más allá y con la adjudicación de la herencia a un solo heredero (o más de uno) y siempre que se cumplan con los requisitos contemplados en dicho artículo, es decir, «conservación de la empresa familiar o interés de su familia», si el testador lo decide así, el derecho del legitimario a obtener el pago de sus derechos en bienes de la herencia (*pars bonorum*) se transforma en un derecho a percibirla en metálico (incluso con dinero extrahereditario) o sea un simple crédito.

Con todo, entendemos que de forma prioritaria, y siempre que los bienes de la herencia lo permitan, la naturaleza de la legítima será *pars bonorum*, y solo en los casos en que esto no sea posible, se transformará en un derecho a reclamarla de forma monetaria.

Por tanto, el pago de la legítima a los demás interesados puede realizarse a través de tres vías distintas. En primer lugar, y por aplicación del artículo 1056.1 del Código civil, con los bienes de la herencia que no formen parte de la empresa, o dicho de otra manera, es la partición realizada por el testador; en segundo lugar, es a través del pago en metálico, pues es la primera opción que establece el artículo 1056.2. En este supuesto, entendemos que entre el caudal hereditario existe dinero suficiente para satisfacer el importe de la legítima. Así pues, de aplicarse esta opción, entendemos que no cabría aplazamiento del pago, pues entraría en juego el artículo 1056.1 y no el segundo párrafo. Además, el devengo del mismo sería desde el momento de la apertura de la sucesión, el cual incrementaría con los intereses que deberán aplicarse en caso de que se produzca un retraso; y por último, la vía del pago mediante efectivo extrahededitario. Este es el caso expresamente contemplado en el artículo 1056.2 del Código civil. Para que este precepto surta efecto es necesario que el testador lo disponga expresamente. De este modo, la naturaleza de la legítima se acerca más a la *pars valoris*. Sin embargo, esta disposición por parte del testador resulta completamente necesaria para que lo dispuesto en tal artículo pueda aplicarse, de lo contrario, si el testador no dice nada, los legitimarios estarán facultados para exigir su legítima en bienes de la herencia (*pars bonorum*).

Además, se plantea la cuestión sobre si para favorecer la transmisión de las empresas familiares es posible que el testador, al igual que delega a favor

de su cónyuge el poder de mejorar, puede atribuirle la de pagar en metálico la legítima a los herederos forzosos, con la única finalidad de atribuir en bloque la entidad a uno solo de ellos. Entendemos que no es posible conectar el artículo 831 del Código civil con los artículos 841 y 1056.2 del mismo cuerpo legal. En estos últimos se hace referencia a las figuras de testador y contador-partidor autorizado por el primero, como personas autorizadas para realizar tal acción, sin referirse en ningún momento al cónyuge que tenga atribuida la fiducia sucesoria.

Con todo, nada impide que el cónyuge al que se le ha atribuido tal facultad pueda hacer uso de la mejora en cosa determinada del artículo 829 del Código civil. De este modo podría asignar la empresa a uno de los herederos. No obstante, y para el caso en que el valor excediere del tercio destinado a mejora y de la parte de legítima correspondiente al mejorado, este podrá pagar en metálico los derechos de los demás legitimarios.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, con la utilización de esta fórmula jurídica, y a diferencia de lo que ocurre con el artículo 1056.2 no cabe la posibilidad de aplazar el pago de la misma, ni la aplicación de cualquier otro medio de extinción de las obligaciones.

La posibilidad de aplazar el pago de la legítima fue una de las novedades más importantes introducidas por la Ley 7/2003. De este modo, el plazo de pago será el que se señale por el testador o contador-partidor, siempre y cuando este no supere los cinco años. Además, también se establece el momento a partir del cual se computará dicho plazo y será «desde el fallecimiento del testador». Con ello, se pone de relieve como el legislador ha antepuesto la defensa del interés de la empresa en perjuicio del interés del legitimario.

De utilizarse esta última vía, es decir, el pago de la legítima con dinero extrahereditario y haciendo uso del aplazamiento previsto por el legislador, el beneficiado por la empresa podrá financiarse el metálico de las legítimas con los propios rendimientos procedentes de la explotación de la entidad, de este modo, además, evitará tener que depender de la financiación externa, lo que consecuentemente facilita la sucesión de la empresa.

Además, nada se dispone sobre los intereses, por lo que parece lícita la posibilidad imposición de los mismos por parte del testador o contador-partidor. No obstante, de no decirse nada sobre ellos, se entiende que no existirán intereses.

VI. CONCLUSIONES

I. El impacto que las empresas familiares tienen en la economía de los distintos países y regiones resulta evidente, sin embargo el problema de la

sucesión intergeneracional sigue siendo uno de los principales problemas a los que se debe enfrentar.

II. El otorgamiento de testamento por parte del empresario, resulta una herramienta clave para la supervivencia de la entidad ya que, no solo evita la apertura de la sucesión *ab intestato* sino que, además, permite distribuir el caudal relicto de la forma más conveniente, y en la que se incluye la empresa familiar.

III. Para lograr el éxito de la sucesión intergeneracional de la empresa, evitando su atomización, es imprescindible que exista una correcta planificación de la sucesión del propietario. La fiducia sucesoria puede resultar ser un instrumento jurídico muy útil para esta tipología de compañías, pues su cometido es mantener el patrimonio familiar lo más unido posible.

IV. La finalidad del artículo 831 del Código civil ha cambiado. En sus orígenes perseguía la cohesión familiar y la integridad de la explotación agraria o empresarial. Tras la reforma introducida por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, entre otras, es la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar preservándola indivisa.

V. La fiducia sucesoria aparece por primera vez en la jurisprudencia, de una forma clara y concisa, gracias a la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1944, aunque anteriormente se podían observar algunos elementos característicos de la misma a través de sus fallos.

VI. La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad está encaminada a favorecer a los descendientes discapacitados del causante, no obstante, también puede ser utilizada como herramienta útil para la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar. Además, y a pesar del título de la propia ley y de lo dispuesto en su exposición de motivos, en su articulado no se hace ninguna referencia a que sea de aplicación exclusiva a las personas con discapacidad, por lo que puede ser de aplicación a todos aquellos progenitores que tengan descendencia común, con independencia de que estos últimos sean o no incapacitados.

VII. A pesar de que con el otorgamiento del testamento se evita la apertura de la sucesión *ab intestato* y las nefastas consecuencias que ello comportaría para la transmisión en unidad de la compañía, al mismo tiempo también puede resultar no ser una de las formas más idóneas para alcanzar tal fin, pues puede ocurrir que en el transcurso del tiempo que ha pasado entre que se otorgó el mismo y el momento en debe hacerse efectiva la sucesión el beneficiario no reúna los requisitos de aptitud necesarios que tenía previstos el causante.

VIII. Como alternativa al testamento se puede acudir al artículo 831 del Código civil. De este modo se puede unificar el interés del empresario,

el cual ha sido manifestado a través de las disposiciones testamentarias; el interés de la empresa y el interés de sociedad general.

IX. Con la reforma del artículo 831 del Código civil, la legislación trata de adaptarse a los nuevos cambios sociales y a los nuevos modelos de familia existentes al permitir que la delegación pueda concederse entre progenitores que tengan descendencia común, sin ser necesario que estos estén casados entre sí.

X. Las crisis matrimoniales pueden poner en riesgo la facultad de la fiducia sucesoria, por lo que es altamente recomendable que el testador previamente las regule.

XI. La facultad otorgada al cónyuge, o las personas no casadas entre sí, sobre la posibilidad de que puedan designar porciones desiguales en que hayan de suceder los hijos comunes, debe entenderse de forma amplia, esto significa que no está circunscrita al tercio de mejora, sino que puede realizarse con cargo al tercio de libre disposición. No obstante, en todo caso deberá respetarse las legítimas y demás disposiciones del causante.

XII. El pago de la legítima a los demás interesados puede realizarse a través de tres vías distintas, siendo las dos últimas favorecedoras para la transmisión en unidad de la entidad familiar. En primer lugar, con los bienes de la herencia que no formen parte de la empresa; en segundo lugar, a través del pago en metálico, para el cual es necesario que en el caudal hereditario exista dinero suficiente para satisfacer el importe de la legítima; y por último, el pago mediante efectivo extrahededitario.

XIII. No es posible que el testador, aunque sea con el objetivo de favorecer la trasmisión de la empresa familiar, pueda atribuir a su cónyuge la facultad de poder pagar en metálico la legítima a los herederos forzosos. No obstante, sí puede hacer uso de la mejora en cosa determinada del artículo 829 del Código civil, aunque esta no admite el aplazamiento de su pago.

XIV. La fiducia sucesoria no es en realidad una herramienta jurídica específica para garantizar la continuidad de las empresas familiares. Sin embargo, contribuye a preservar la integridad del patrimonio familiar de tal forma que no se disperse entre los distintos descendientes del causante. Además, con su utilización se evitan decisiones precipitadas, tomando especial énfasis cuando sucede el fallecimiento prematuro del causante.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS (Sala 1.ª) de 30 de octubre de 1944.
- STS (Sala 4.ª) de 17 de julio de 1993.
- STS (Sala 4.ª) de 18 de marzo de 1994.
- STS (Sala 3.ª, secc. 4.ª) de 25 de febrero de 1997.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ALBADALEJO GARCÍA, M. (2005). El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona. *Revista de Derecho Privado*, núm. 89, 3-20.

ARANGIO RUIZ, V. (1994). *Historia del Derecho romano*. Madrid: Editorial Reus, 112.

CERDÁ GIMENO, J. (2006). De la fiducia sucesoria en la empresa familiar. En AA.VV., *Estudios en homenaje a Miguel Coll Carreras*. Navarra: Aranzadi.

— (2007). De la fiducia sucesoria en la empresa familiar, *Revista Jurídica del Notariado,* núm. 61, 2007, 93-128.

— (2011). *Costumbres Jurídicas en las Phitiusas.* Madrid: Dykinson.

DAVILA GARCÍA, J. (1946). La empresa mercantil individual en la sucesión hereditaria. En: AA.VV. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Tomo III.

DÍAZ FUENTES, A (1965). Excepciones legales al personalísimo de las disposiciones *mortis causa* (II, Sobre el art. 831 CC). En: AA.VV., *Anuario de Derecho Civil*, T.XVIII, Fasc. I, enero-marzo (877-909).

DIE LAMANA, J. (2006). El artículo 831 del Código civil reformado por la Ley 41/2003. Una reducción puntual pero importante de las legítimas en Derecho común. *Cuadernos del seminario Carlos Hernández Crespo* [En línea], núm. 9, disponible en https://www.registradoresdemadrid.org/revista/9/Comentarios/EL-ARTICULO-831-DEL-CODIGO-CIVIL-REFORMADO-POR-LEY-41-2003-UNA-REDUCCION-PUNTUAL-PERO-IMPORTANTE-DE-LAS-LEGITIMAS-EN-DERECHO-COMUN-Por-FRANCISCO-JAVIER-DIE-LAMANA

DÍEZ-PICAZO, L. (1965). La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil. *Revista de Derecho mercantil,* núm. 96, 293-312.

FERNÁNDEZ GIMENO, J.P. (1999). *Problemas de la transmisión de la empresa familiar.* Valencia: Tirant lo Blanch.

FLORENSA TOMÁS, C.E. (2005). La facultad de mejorar concedida al cónyuge supérstite por el testador: el nuevo artículo 831 del Código civil. En D. Bello Janeiro (coord.). *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados.* Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública (EGAP), 117-141.

GARCÍA CANTERO, G. (1995). Transmisión *mortis causa* de la empresa familiar. En V.M. Garrido de Palma (dir.), *La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar. (Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP).* Madrid: Civitas (97-114).

GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil Español*. Madrid.

GARCÍA RUBIO, M.P. (2008). La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar. En. AAVV. *Anuario de Derecho Civil.* Tomo LXI, fascículo de enero-marzo 2008. Madrid: Ediciones del Ministerio de Justicia (57-112).

GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (2005). La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 687, 11-30.

HUERTA TROLEZ, A. (2003). La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio. *Boletín del ilustre Colegio de Abogados de Madrid,* núm. 27, 3.ª época, 41-86.

LACRUZ BERDEJO, J.L. (2005). *Estudios de Derecho privado común y foral*. Barcelona: Bosch.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (2005). El artículo 831 del Código civil. En *Anuario de Derecho Civil*, vol. 58, núm. 3. Madrid: Ministerio de Justicia, Boletín oficial del estado, 1115-1152.

MILLÁN SALAS, F. (2006). La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia.* Tercera Época, CLIII, enero-marzo, núm. 1, 403-434.

PALAZÓN GARRIDO, M.L. (2003). *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil.* Valencia: Tirant lo Blanch.

PEREÑA VICENTE, M. (2004). El derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, núm. 103, 1521-1532.

RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (2007). La delegación de la facultad de mejorar. *Boletín del Colegio de Registradores de España,* núm. 136, 1629-1651.

ROBLES PEREA, M.A. (2005). El artículo 831 del Código civil según redacción dada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. En: M.A. Rueda Pérez (coord.). *Jornadas sobre la nueva ley de protección patrimonial de discapacitados*: Valencia, 12, 19, 26 de enero y 3 de febrero de 2004. Valencia: Colegio Notarial de Valencia, 157-170.

RUEDA ESTEBAN, L. (2015). *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil: Auténtica fiducia sucesoria en Derecho Civil Común.* Madrid: La Ley.

— (2016). Evolución histórica de la fiducia sucesoria en la época de la codificación del derecho común hasta nuestros días. En A. Murillo Villar, A. Calzada González y S. Castán Pérez-Gómez (Coord.), *Homenaje al profesor Armando Torrent*. Madrid: Dykinson, 909-964.

SECO CARO, E. (1960). *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo.* Barcelona: Bosch.

SERRANO CHAMORRO, M.E. (2015). Problemas sucesorios de transmisión de la empresa familiar. En AA.VV., *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm. 91, núm. 747. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, 95-148.

VALLET DE GOYTISOLO, J.B. (1978). *Comentarios al Código civil y compilaciones forales, tomo XI: artículos 806 a 857 del Código civil.* Madrid: Edersa.

— (1984). Comentario al artículo 831 del Código civil. *Revista de Derecho Privado. Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales.* Tomo XI: artículos 806 a 857 del Código civil.

— (2004). Comentarios al Código civil. Tomo XI: Artículos 806 a 857 del Código civil. Sección sexta. De las mejoras, *vLex* [En línea], disponible en https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/mejoras-231286.

NOTAS

[1] Extraído del Instituto de la Empresa Familiar en fecha 18 de septiembre de 2019, disponible en http://www.iefamiliar.com/cifras/1. En este punto, debe reflejarse que, para el cálculo de estas cifras no se han tenido en cuenta autónomos, ni otras formas jurídicas distintas a Sociedades Anónimas y Sociedades Limitadas.

[2] Cierto es que en el artículo 1903 del Código civil sí aparece el concepto de empresa, pero no es usado en los términos que aquí interesan, es decir, se alude a dicho concepto pero no se explicita qué se entiende por empresa.

[3] CERDÁ GIMENO, J. (2006). De la fiducia sucesoria en la empresa familiar. En AA.VV., *Estudios en homenaje a Miguel Coll Carreras*. Navarra: Aranzadi, 124.

[4] 2003/361/CE: Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de pequeñas y medianas empresas (DOCE núm. L 124 de 20.5.2003), 39.

[5] STS (Sala 4.ª). de 17 de julio de 1993, STS (Sala 4.ª). de 18 de marzo de 1994, STS (Sala 3.ª, secc. 4.ª). de 25 de febrero de 1997.

[6] PALAZÓN GARRIDO, M.L. (2003). *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil.* Valencia: Tirant lo Blanch, 19.

[7] DÁVILA GARCÍA, J. (1946). La empresa mercantil individual en la sucesión hereditaria. En: AA.VV. *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Tomo III, 577.

[8] SERRANO CHAMORRO, M.E. (2015). Problemas sucesorios de transmisión de la empresa familiar. En AA.VV., *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año núm. 91, núm. 747. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, 98.

[9] CERDÁ GIMENO, J. (2011). *Costumbres Jurídicas en las Phitiusas.* Madrid: Dykinson, 310.

[10] ARANGIO RUIZ, V. (1994). *Historia del Derecho romano*. Madrid: Editorial Reus, 112.

[11] RUEDA ESTEBAN, L. (2015). *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil: Auténtica fiducia sucesoria en Derecho Civil Común.* Madrid: La Ley, 8.

[12] RUEDA ESTEBAN, L. (2016). Evolución histórica de la fiducia sucesoria en la época de la codificación del derecho común hasta nuestros días. En A. Murillo Villar, A. Calzada González y S. Castán Pérez-Gómez (Coord.), *Homenaje al profesor Armando Torrent*. Madrid: Dykinson 912.

[13] En cuanto a las fiducias, la Real Orden disponía: «Enterado el Rey nuestro señor de lo expuesto por la Dirección general, por el director de la Real caja de amortización y por los asesores de la superintendencia general de la real Hacienda, y consecuencia de lo consultado por el intendente de la provincia de Málaga, relativamente a si están comprendidos en la imposición gradual de herencias los fideicomisos y los patrimonios temporales eclesiásticos y de legos; se ha servido S.M. resolver que están sujetos á la referida imposición con la distinción siguiente: 1.º En los fideicomisos se exigirá el testimonio de la cláusula fideicomisaria en su tenor literal, y si en ella resulta la restitución ó destino que el testador da a los bienes, se cargará el impuesto con arreglo a su resultado; más si la cláusula es general y referente á la fe y sigilo del fideicomisario, entonces estará este sujeto al derecho correspondiente al heredero extraño, de no ser que declare y restituya la herencia en forma legal a persona pariente del testador, en cuyo caso se atenderá al grado de parentesco, y por él se fijará el impuesto» (Gaceta de Madrid, núm. 9, de 21 de enero de 1832).

[14] El artículo 663 del Proyecto de 1851 establece una excepción a la prohibición general del artículo 662 que dispone «La facultad de mejorar no puede encomendarse a otro». Así pues, el artículo 663 dispone «Sin embargo de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, podrá válidamente pactarse en capitulaciones matrimoniales, que muriendo intestado uno de los cónyuges, puede el viudo o viuda que no ha repetido matrimonio,

distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto, y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de su legítima y de las mejoras hechas en vida por el difunto».

[15] VALLET DE GOYTISOLO, J.B. (2004). Comentarios al Código civil. Tomo XI: Artículos 806 a 857 del Código civil. Sección sexta. De las mejoras, *vLex* (Id.vlex: VLEX-231295), 2-3.

[16] Es de advertir la analogía sustancial con la definición de trust del Convenio sobre la ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento: «El término "*trust*" se refiere a las relaciones jurídicas creadas —por actos *inter vivos* o *mortis causa*— por una persona, el constituyente mediante la colocación de bienes bajo el control de un *trustee* en interés de un beneficiario o con un fin determinado» (Convenio de La Haya sobre la ley aplicable al *trust* y a su Reconocimiento [http://www.hcch.net/upload/conventions/txt30es.pdf]). Véase. CERDÁ GIMENO, J. (2007). De la fiducia sucesoria en la empresa familiar, *Revista Jurídica del Notariado,* núm. 61, 2007, 98.

[17] STS (Sala 1.ª). de 30 de octubre de 1944.

[18] DÍAZ FUENTES, A (1965). Excepciones legales al personalísimo de las disposiciones *mortis causa* (II, Sobre el art. 831 CC). En: AA.VV., *Anuario de Derecho Civil*, T.XVIII, Fasc. I, enero-marzo, 884.

[19] SECO CARO, E. (1960). *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo.* Barcelona: Bosch, 79.

[20] RUEDA ESTEBAN, L. (2015)., *ob. cit.,* 226.

[21] Exposición de Motivos, VII, d) de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad (BOE núm. 277, de 19 de noviembre).

[22] RUEDA ESTEBAN, L. (2015). *ob. cit.,* 229; FLORENSA TOMÁS, C.E. (2005). La facultad de mejorar concedida al cónyuge supérstite por el testador: el nuevo artículo 831 del Código civil. En D. Bello Janeiro (coord.). *Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados.* Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública (EGAP), 120.; PEREÑA VICENTE, M. (2004). El derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado. *Boletín del Colegio de Registradores de España,* núm. 103, 1528; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C. (2005). El artículo 831 del Código civil. En *Anuario de Derecho Civil*, vol. 58, núm. 3. Madrid: Ministerio de Justicia, Boletín Oficial del Estado, 1116.

[23] DIE LAMANA, J. (2006). El artículo 831 del Código civil reformado por la Ley 41/2003. Una reducción puntual pero importante de las legítimas en Derecho común. *Cuadernos del seminario Carlos Hernández Crespo* [En línea], núm. 9, disponible en https://www.registradoresdemadrid.org/revista/9/Comentarios/EL-ARTICULO-831-DEL-CODIGO-CIVIL-REFORMADO-POR-LEY-41-2003-UNA-REDUCCION-PUNTUAL-PERO-IMPORTANTE-DE-LAS-LEGITIMAS-EN-DERECHO-COMUN-Por-FRANCISCO-JAVIER-DIE-LAMANA.

[24] LACRUZ BERDEJO, J.L. (2005). *Estudios de Derecho privado común y foral*. Barcelona: Bosch, 58.

[25] GARCÍA CANTERO, G. (1995).) Transmisión *mortis causa* de la empresa familiar. En V.M. Garrido de Palma (dir.), *La empresa familiar ante el derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar. (Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP).* Madrid: Civitas, 97.

[26] DÍEZ-PICAZO, L. (1965). La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil. *Revista de Derecho mercantil*, núm. 96, 295.

[27] FERNÁNDEZ GIMENO, J.P. (1999). *Problemas de la transmisión de la empresa familiar.* Valencia: Tirant lo Blanch, 291.

[28] Artículo 831 párrafo 6 del Código civil.

[29] Articulo 102 del Código civil.

[30] Articulo 106 del Código civil.

[31] RIVAS MARTÍNEZ, J.J. (2007). La delegación de la facultad de mejorar. *Boletín del Colegio de Registradores de España,* núm. 136, 1639.

[32] RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *ob. cit.,* 1640.

[33] RUEDA ESTEBAN, L. (2015)., *ob. cit.,* 376.

[34] CERDÁ GIMENO, J. (2011)., *ob. cit.,* 316.

[35] GÓMEZ GÁLLIGO, F.J. (2005). La sustitución fideicomisaria en la legítima estricta a favor del discapacitado. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 687, 25.

[36] Artículo 831.1 segundo párrafo del Código civil.

[37] VALLET DE GOYTISOLO, J.B. (1984). Comentario al artículo 831 del Código civil. *Revista de derecho privado. Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales.* Tomo XI: artículos 806 a 857 del Código civil, 410.

[38] MILLÁN SALAS, F. (2006). La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código civil. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia.* Tercera Época, CLIII, enero-marzo, núm. 1, 411.

[39] RUEDA ESTEBAN, L. (2015), *ob. cit.,* 492.

[40] GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil Español*. Madrid, 107.

[41] HUERTA TROLEZ, A. (2003). La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio. *Boletín del ilustre Colegio de Abogados de Madrid,* núm. 27, 3.ª época, 61.

[42] VALLET DE GOYTISOLO, J.B. (1978). *Comentarios al Código civil y compilaciones forales, tomo XI: artículos 806 a 857 del Código civil.* Madrid: Edersa, 382.

[43] RUEDA ESTEBAN, L. (2015)., *ob. cit.,* 503.

[44] RUEDA ESTEBAN, L. (2015)., *ob. cit.,* 511.

[45] ALBADALEJO GARCÍA, M. (2005). El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona. *Revista de Derecho Privado*, núm. 89, 6.

[46] ROBLES PEREA, M.A. (2005). El artículo 831 del Código civil según redacción dada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad. En: M.A. Rueda Pérez (coord.). *Jornadas sobre la nueva ley de protección patrimonial de discapacitados*: Valencia, 12, 19, 26 de enero y 3 de febrero de 2004. Valencia: Colegio Notarial de Valencia, 168; FLORENSA TOMÁS, C.E., *ob. cit.,* 135.

[47] GARCÍA RUBIO, M.P. (2008). La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar. En. AAVV. *Anuario de Derecho Civil.* Tomo LXI, fascículo de enero-marzo 2008. Madrid: Ediciones del Ministerio de Justicia, 101.

[48] LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, C., *ob.cit.,* 1129.

[49] RUEDA ESTEBAN, L. (2015), *ob. cit.,* 516.

Trabajo recibido el 23-4-2020 y aceptado para su publicación el 24-9-2020