



Tesis Doctoral

CONSERVACIÓN DE LA EXPLOTACIÓN
FAMILIAR INDIVISA EN EL ÁMBITO DE LA
SUCESIÓN TESTAMENTARIA: ESTUDIO DEL
ARTÍCULO 1056.2 DEL CÓDIGO CIVIL
ESPAÑOL

Presentada por:

GEMA JUBERÍAS CÁCERES

DIRECTOR: DR. D. ANTONIO M. ROMÁN GARCÍA

DEPARTAMENTO: DERECHO PRIVADO

2017

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	9
I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS: GÉNESIS DE LA NORMA	15
A) Derecho romano	17
B) Tradición jurídica germánica	55
C) Derecho histórico español	65
D) Codificación: Proyecto de 1851 y Anteproyecto del Código Civil ..	75
II. EL ARTÍCULO 1056.2 DEL CÓDIGO CIVIL: EXÉGESIS DE LA NORMA	91
El supuesto fáctico contenido en la norma:	
A) Significado de la “conservación” de la empresa familiar	105
B) La indivisión de la explotación agrícola, industrial o fabril	131
C) Indivisión sobre la titularidad de acciones o participaciones sociales, con la finalidad de mantener el control societario	149
D) Preservación y protección de los derechos de los legitimarios: ..	155

1. Posibilidad de pago en metálico de la legítima	167
2. Utilización de numerario extrahereditario, con la finalidad de pago	176
3. Aplazamiento del pago: requisitos y garantías.....	181
4. Eventual utilización de otros medios de extinción de las obligaciones de pago de las legítimas	190
5. Forma de pago de las legítimas	195

III. SOBRE LA NATURALEZA Y FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA NORMA: *RATIO* DEL PRECEPTO LEGAL 201

IV. CARACTERIZACIÓN DE LA NORMA: 205

A) Elementos personales o subjetivos	207
B) Elementos reales u objetivos	219
C) Elementos formales de la disposición testamentaria	225
D) Especial referencia a la imputación, computación y reducción de las legítimas	231
E) Utilización de pactos sucesorios para la protección y conservación de la empresa familiar	241
F) Aspectos fiscales de la transmisión mortis causa de la empresa familiar	249

V. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES APLICABLES	281
CONCLUSIONES FINALES	299
BIBLIOGRAFÍA	311
ADDENDA	353

INTRODUCCIÓN

¿Quién no ha escuchado la palabra “crisis” en los últimos años? Me atrevería a decir que la gran mayoría de las personas que lean este estudio de investigación en el momento contemporáneo a su elaboración, no pueden negar que, al menos con una periodicidad semanal, el mencionado vocablo se instala casi sin permiso en su mente, bien porque alguien lo pronuncia o bien porque una experiencia personal hace que salga a la luz así, sin más.

El término lo utilizamos sin calificativos, o con ellos, si queremos especificar un determinado ámbito, y entonces oímos hablar de crisis familiar, laboral, social, económica, financiera, de valores, nacional, internacional, etc. Sin necesidad de ahondar ahora en ninguno de estos aspectos, ¿quién no conoce a alguien afectado por este tema o quién no ha vivido personalmente de forma más o menos directa alguna de sus consecuencias?

Ante este panorama general y siendo consciente de la importancia del tejido empresarial en nuestro país, propongo aportar un granito de arena, un rayo de luz que se transforme en ilusión y esperanza, tratando de potenciar y propiciar la conservación de las empresas familiares.

España no sería España sin sus empresas familiares¹. La continuidad de estas empresas supone un reto, no sólo desde el punto de vista familiar y empresarial, sino también para la propia estructura económica de nuestro país².

Justificada la actualidad y el interés que suscita el tema de investigación que presento, se plantea como objetivo, hallar respuesta a los siguientes interrogantes: ¿De qué manera se puede garantizar la continuidad de las empresas familiares en las transmisiones mortis causa? ¿Qué instrumentos ofrece nuestro ordenamiento jurídico para potenciar la conservación de las empresas familiares? ¿Es factible para el titular de la empresa evitar la desaparición de la misma tras su fallecimiento? En caso afirmativo, ¿cuál es el marco legislativo? En aras a la subsistencia de la empresa familiar, ¿puede el titular de la unidad económico-productiva realizar por sí mismo la partición de forma que la

(1) Se estima que el 89% del total de empresas españolas son empresas familiares. Vid. J. CORONA e I. DEL SOL, Estudio “La empresa familiar en España (2015)”, Instituto de Empresa Familiar, 2015.

(2) La generación de empleo y riqueza por parte de las empresas familiares es un hecho indiscutible y relevante. Según el citado estudio, actualmente, en España, las empresas familiares “crean el 67% del empleo privado, con un total de 6,58 millones de puestos de trabajo y son responsables del 57,1% del PIB del sector privado”.

atribución, adjudicación y transmisión de la misma se haga a favor de persona distinta del legitimario?

Analizaremos la normativa y su aplicabilidad, situando en el centro de nuestro estudio el contenido del artículo 1056 del Código Civil en su párrafo segundo, desde donde se articula el entramado que proponemos y teniendo en cuenta que el análisis del Derecho vigente, requiere una adecuada referencia a los antecedentes históricos. En definitiva: de dónde venimos, dónde estamos y hacia dónde vamos. Tras el análisis normativo y doctrinal cerramos el estudio de investigación con el broche de la jurisprudencia. Al afrontar el estado de la cuestión y tratar de describir el “fenómeno sucesorio”, como diría J. B. VALLET³, no sólo nos hemos detenido en las instituciones que lo regulan, sino que se ha pretendido complementarla con criterios doctrinales y jurisprudenciales⁴. La doctrina jurisprudencial “nos aporta continuamente nuevos y ricos matices para la correcta interpretación del ordenamiento jurídico... Su estudio resulta

(3) Vid. J. B. VALLET DE GOYTISOLO, Apuntes de Derecho Sucesorio.

(4) Los criterios de la doctrina jurisprudencial pueden llegar a ser especialmente útiles en ciertas ocasiones para explicar el sentido de una determinada interpretación de la normativa existente, o para integrarla y completarla.

imprescindible para poder llegar a un mejor entendimiento de nuestra realidad jurídica”, según declara A. M. ROMÁN GARCÍA⁵.

Respecto a la metodología⁶ histórico dogmática seguida, nada mejor que acudir al maestro J. L. DE LOS MOZOS⁷ quien hace la siguiente observación: “el método histórico-dogmático tiene una importancia extraordinaria para la formación del jurista y para la renovación de la ciencia del Derecho Privado trascendiendo no sólo a la obra de sistematización propia de un quehacer especulativo, sino también a la interpretación y a la aplicación del Derecho, como medio de dar una respuesta jurídica a las necesidades prácticas que impone la vida social, huyendo de todo vulgarismo, tanto en la aptitud a adoptar en el presente, como en la posible configuración del futuro”.

Por último, no quisiera cerrar esta breve introducción sin compartir una inquietud personal que me ha acompañado durante todo el tiempo de realización de esta tesis. Abordar con acierto una materia jurídica con

(5) Vid. A. M. ROMÁN GARCÍA, Fundamentos históricos y metodológicos del Derecho Civil español, Cáceres, 2006, pág. 16.

(6) Cfr. A. HERNÁNDEZ GIL, Metodología del Derecho, Madrid, 1971-72 y J. L. DE LOS MOZOS, Metodología y ciencia en el Derecho privado moderno, Madrid, 1977.

(7) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, Derecho Civil español I, parte general, vol. 1, Introducción al Derecho Civil, Salamanca, 1977, pág. 63.

tintes empresariales requiere no caer en la clásica tentación de la dispersión; tentación que, en nuestro caso, ataca por dos frentes: jurídico y económico. No siendo una tarea fácil es, sin embargo, apasionante, pues permite conocer perspectivas diferentes y, a la vez, complementarias. Adviértase, ya desde el principio, que la actual redacción⁸ del párrafo segundo del artículo 1.056 del Código Civil ha emanado del Ministerio de Economía.

Por lo demás, el simple hecho de navegar en las procelosas aguas del Derecho sucesorio requiere un cabal conocimiento tanto del Derecho de la persona y de la familia como del Derecho patrimonial, para poder comprender los conceptos, instituciones y demás categorías jurídicas propias del Derecho sucesorio español. Dice el profesor J.L. LACRUZ⁹ que “el Derecho de sucesiones es... la parte del Derecho civil que posee mayor unidad: las normas que lo regulan proveen a las consecuencias de un único hecho, la muerte de una persona, y se agrupan en torno al fenómeno central de la herencia”. No obstante, en sintonía con H. HEISE, podemos considerar el Derecho de sucesiones como una parte independiente, la última de la sistemática del Derecho civil, si bien esta

(8) Modificación del artículo 1.056 en su párrafo segundo, efectuada por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de Sociedad Limitada de Nueva Empresa.

(9) Vid. J.L. LACRUZ BERDEJO, Elementos de derecho Civil V, Sucesiones, Madrid, 2004, pág.6.

posición de la pandectística difiere de los criterios romanistas seguidos por el Código francés, el italiano de 1865 y el español¹⁰, en los que la sucesión recibe el tratamiento propio de los diferentes modos de adquirir la propiedad. En consonancia con nuestro Código Civil, la Constitución española de 1978, en su artículo 33.1, en el ámbito específico de los derechos fundamentales, declara que “*se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia*”.

En cualquier caso, independiente o no, el Derecho de sucesiones *mortis causa* deja entrever, en sí mismo, la idea de continuidad con la que hemos comenzado esta introducción que ahora concluyo con las palabras de IHERING: “mi existencia no termina conmigo mismo, sino que aprovecha a otro: pensamiento central que sirve de fundamento al Derecho hereditario”.

(10) Nuestro Código Civil regula la sucesión en el Libro III “De los diferentes modos de adquirir la propiedad”, Título III “De las sucesiones” que abarca los artículos 657 a 1087.

CAPÍTULO I

ANTECEDENTES HISTÓRICOS: GÉNESIS DE LA NORMA

Con carácter previo al estudio específico de la materia que nos ocupa es importante poner de manifiesto los antecedentes históricos¹ de la misma, introduciéndonos así en la génesis de la norma. Se trata de conocer y concretar el significado de los distintos elementos que intervienen en el proceso de formación de la normativa aplicable, desde su origen hasta la actualidad.

Toda evolución histórica comprende una serie de etapas claramente diferenciadas pero, a su vez, unidas o ligadas por el principio de continuidad² de la tradición jurídica en relación con la transmisión del saber jurídico.

(1) Al estudiar el Derecho vigente no podemos prescindir de los antecedentes históricos, si bien se ha de advertir que el estudio de ambos difiere en lo que a su método se refiere.

(2) Vid. M. ALBALADEJO GARCÍA, Curso de Derecho Civil V, Derecho de sucesiones, 2013. J. CASTÁN TOBEÑAS, Derecho Civil español común y foral, Tomo 6, Vol. 1, Madrid, 2010, págs. 67 y ss. F. DE CASTRO Y BRAVO, Compendio de Derecho Civil, Madrid, 1968, pág. 42. J. L. DE LOS MOZOS, Derecho Civil español, Salamanca, 1977, págs. 62 y ss. J. L. LACRUZ BERDEJO, Elementos de Derecho civil V. Derecho de sucesiones, Madrid, 2007. A.M. ROMÁN GARCÍA, Fundamentos históricos y metodológicos del Derecho Civil español, Cáceres, 2006, pág. 16.

En el inicio de esta evolución, como no podía ser de otra forma, nos centraremos en el Derecho romano clásico y postclásico; a continuación analizaremos la tradición jurídica germánica en relación con la materia objeto de estudio; y por último, nos detendremos en el Derecho histórico español, la ilustración y el racionalismo; codificación del Derecho civil en nuestro país, con especial referencia al Proyecto de 1851 y Anteproyecto del Código Civil.

A) Derecho romano

En el Derecho romano³ la familia tiene una importancia trascendental; sin embargo, no existe un único concepto de familia sino que su significación sufre diversas variaciones a lo largo del tiempo.

Junto a este hecho es necesario tener en cuenta que el origen fundamentalmente político o económico de la familia romana es una cuestión discutida. Existen dos grandes teorías sobre el origen y la naturaleza de la familia en Roma; las de carácter político y las

(3) Vid. J. ARIAS RAMOS Y J.A. ARIAS BONET, Derecho romano I, Parte General, Madrid, 1974. J. ARIAS RAMOS Y J.A. ARIAS BONET, Derecho romano II, Obligaciones-Familia-Sucesiones, Madrid, 1974. C. P. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Origen de los poderes del *pater familias*. El *pater familias* y la *patria potestas*, Madrid, 2009. P. BONFANTE, Instituciones de Derecho romano, Madrid, trad. por L. BACCI Y A. LARROSA 1979. J. CASTILLEJO, Historia del Derecho romano. Política, doctrinas, legislación y administración, Madrid, 2004. A. CASTRO, Herencia y mundo antiguo. Estudio de derecho sucesorio romano, Sevilla, 2002. J. DE CHURRUCA, Introducción histórica al derecho romano, Bilbao, 2007. A. D'ORS, Derecho privado romano, Pamplona, 1968 y 2004. A. D'ORS, Elementos de Derecho privado romano, Pamplona, 1992. A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Derecho privado romano, Madrid, 2009. M. J. GARCÍA GARRIDO, Derecho privado romano. Instituciones, Madrid, 2010. J. IGLESIAS, Derecho romano. Instituciones de Derecho privado, Barcelona, 1958 y 1989. J. IGLESIAS, Derecho romano, Barcelona, 1958 y 1999. M. KASER, Derecho romano privado, trad. por J. SANTA CRUZ TEJEIRO, Madrid, 1982. M. KASER, La famiglia romana arcaica, Trieste, 1950. J. OSSORIO MORALES, Manual de sucesión testada, Madrid, 1957. F. SCHULZ, Derecho romano clásico, trad. por J. SANTA CRUZ TEIGEIRO, Barcelona, 1960. F. SCHULZ, Principios del Derecho romano, 2ª edición revisada y corregida de la traducción de la obra a cargo de M. ABELLÁN VELASCO, Madrid, 2000.

economicistas. Las primeras parten de la tesis de GIANBATTISTA VICO que trata de explicar el origen del Estado defendiendo la idea de la existencia de la autoridad pública como una construcción social progresiva; en definitiva, la caracterización de la familia como un Estado en miniatura y de la ciudad como una familia extendida⁴. Posteriormente BONFANTE desarrolla la tesis de VICO y considera que la familia romana arcaica se configura como una organización de carácter político que agrupa a sus miembros en torno a la figura del pater familias, jefe del grupo o autoridad central que, en su condición de tal, ostenta un poder absoluto denominado potestas o manus.

Frente a esta tesis política de la familia surgen otras economicistas que pretenden explicar el origen y la formación de la familia conceptuándola como una organización íntimamente relacionada con los medios de producción propios de cada época. Así, en principio, durante la etapa nómada, se genera la gens⁵ como estructura para la explotación de la propiedad común y, posteriormente, cuando la propiedad se hace privada y familiar y se establece un modelo de agricultura sedentaria,

(4) Vid. C. F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Op. cit., pág. 28.

(5) Los modelos gentilicios de la época monárquica de la historia de Roma se caracterizaban por la explotación común de los campos pertenecientes a dicha comunidad y su posterior distribución entre los miembros que conformaban esa agrupación.

surge la familia agnaticia primitiva como grupo sometido a un pater familias que explota un mismo patrimonio familiar.

En la época antigua el término familia se emplea para referirse al conjunto de personas que viven en comunidad en la casa familiar: domus bajo la autoridad de quien ostenta la patria potestad: pater familias. Esta concepción de la familia se corresponde con la denominada familia civil o agnaticia⁶ por contraposición con la denominada familia natural o cognaticia⁷ que es la coincidente con la actual noción de familia y que concibe la familia como un grupo de personas unidas por vínculos de sangre.

Agnación y cognación pueden coincidir⁸, y así ocurre por ejemplo con los hijos de un mismo pater familias pues son entre ellos, a la vez,

(6) Agnación: agnatio es el vínculo jurídico que une a los parientes por línea masculina, es decir, a todas las personas que se encuentran bajo la potestad de un mismo pater familias, o que se encontrarían si éste no hubiese fallecido. Cfr. J. IGLESIAS, Derecho romano, Op. cit., pág. 336 referencia a GAYO, 1, 156: adgnati sunt per virilis sexus personas cognatione iuncti, quasi a patre cognati.

(7) Cognación: cognatio es el vínculo de sangre que une a personas descendentes de un tronco común y puede darse tanto en la línea masculina como en la femenina. Cfr. J. IGLESIAS, Instituciones de Derecho privado, Op. cit., pág. 561.

(8) Todos los agnados son a su vez cognados, pero sólo cierto tipo de cognados, los de línea masculina fruto de un matrimonio legítimo, son agnados. Vid. C. F. AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Op. cit., pág. 39.

adgnati y cognati. Aunque entre ascendientes y descendientes exista un vínculo de agnación, los hijos suceden a sus padres como sui heredes y no como agnados, y los padres nunca suceden a sus hijos, por ser éstos alieni iuris y no tener un patrimonio heredable, como veremos más adelante. A efectos sucesorios, los adgnati son aquellas personas, empezando por los hermanos, que estarán bajo una misma patria potestad de no haber muerto el ascendiente común.

El parentesco de sangre, cognaticio o natural es el único que se puede establecer mediando mujeres, ya que éstas, al no tener patria potestas, no atraen su descendencia a la potestad de su propio padre; también es el único parentesco posible para la descendencia ilegítima. El Pretor favorece el reconocimiento del parentesco cognaticio, mientras que el ius civile se funda exclusivamente en la agnación.

La sociedad y el derecho propio de la época arcaica gira en torno a la familia agnaticia que constituye la base sobre la cual se establece el sistema hereditario ya desde la época de las XII Tablas. La familia cognaticia o natural prevalece sobre la familia agnaticia durante la evolución histórica que va desde la primitiva economía agrícola y familiar a la economía de la expansión imperial y del comercio⁹. Poco a poco y de

(9) Vid. M. J. GARCÍA GARRIDO, Op. cit., pág. 38.

manera progresiva se produce la liberalización de los vínculos de potestad. El origen de dicha liberalización se encuentra fundamentalmente en la mayor participación de los sometidos a tal potestad en los negocios paternos, con el fin de ajustarse a las nuevas necesidades del comercio. La emancipación de la mujer, de los hijos y de los esclavos es otra de las causas de dicha evolución.

En el transcurso de la historia del Derecho romano tal distinción se va desvaneciendo poco a poco y tiende a desaparecer, de manera que la concepción cognaticia se consagra de forma definitiva en la legislación de la época justiniana.

Puede decirse por tanto que, de forma progresiva, la cognación fue sustituyendo a la agnación como criterio determinante en el marco del derecho de familia y del derecho hereditario.

Una vez hecha esta distinción inicial es preciso señalar que dentro del concepto de familia agnaticia existen dos acepciones de familia, a saber, la familia agnaticia en sentido propio o estricto: familia propio iure dicta y la familia agnaticia en sentido amplio o impropio: familia communi iure dicta. La primera sería aquella en que todos están actualmente sometidos a un mismo pater familias, mientras que la

segunda sería aquella en que por la muerte del pater familias, sus miembros se han constituido en familias independientes.

BONFANTE¹⁰ se refiere a la primera de las categorías mencionadas definiendo la familia como “un grupo de personas unidas entre sí pura y simplemente por la autoridad que una de ellas ejerce sobre las demás para fines que trascienden del orden doméstico”. Otro de los autores doctos en la materia, J. IGLESIAS¹¹, manifiesta que la familia proprio iure dicta es definida por ULPIANO en estos términos: iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae¹², es decir, en sentido estricto, se llama familia al conjunto de personas que, por naturaleza o por derecho, están bajo una misma potestad.

Todos los miembros de la familia están sometidos a la autoridad del cabeza de familia, jefe, señor o soberano de la familia: el pater familias, que ha de ser necesariamente varón. La mujer no puede

(10) Vid. P. BONFANTE, Op. cit., pág.143.

(11) Cfr. J. IGLESIAS, Instituciones de Derecho privado, Op. cit., pág. 548.

(12) Así se dice en Digesto 50, 16, 195, 2 como señala J. IGLESIAS, Derecho romano, Op. cit., pág. 328. También Vid. J. ARIAS RAMOS Y J.A. ARIAS BONET, Derecho romano I, Op. cit., pág. 690.

ostentar la condición de cabeza de familia¹³. Pater familias significa cabeza libre, es decir, no sometida a otra potestas, por eso, puede ser pater familias una persona aunque no tenga hijos ni familia sometida a su potestad, siempre que no esté sometida a potestad ajena¹⁴. Filius familias no quiere decir procreado, sino sometido a la potestas de un pater. Por tanto, el pater familias no necesariamente había de ser padre en sentido biológico y los hijos tampoco tenían que ser necesariamente hijos biológicos porque dentro de la categoría de fili familias se incluyen a los hijos biológicos, a los adoptivos y a los esclavos. Todos ellos se caracterizan por ser alieni iuris, a diferencia del pater familias que es sui iuris, es decir, un individuo independiente económica y socialmente. En este sentido, un hijo sometido a potestad es semejante a un esclavo y no tiene propiedad alguna pues todo lo adquirido por él revierte automáticamente al patrimonio de su padre.

(13) Según queda recogido en Digesto 50, 16, 195, 5 “La mujer independiente es cabeza y fin de su familia, pues no puede tener a nadie bajo potestad”.

(14) A estos efectos ULPiano señala que según Digesto 50, 16, 195, 2. “...se llama cabeza de familia al que tiene el dominio en la casa, y se llama así, en sentido técnico, aunque no tenga hijos, dado que el término no sólo hace referencia a una relación personal, sino también a una posición jurídica”. Cfr. A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Op. cit., pág. 118.

La segunda de las categorías anteriormente mencionadas, es decir, la familia agnaticia en sentido amplio o impropio: familia communi iure dicta se refiere a la formada por todos los que se encontraban bajo la potestad del anterior pater familias o jefe del grupo familiar antes de la muerte de éste. Siguiendo de nuevo a J. IGLESIAS¹⁵ puede decirse que, en términos de ULPiano, la familia communi iure dicta alude a “la formada por todos los agnados, porque, aunque al morir el cabeza de familia, cada uno tiene familia propia, todos los que estuvieron sometidos a la misma potestad serán propiamente considerados de la misma familia, pues proceden de igual casa y estirpe”¹⁶.

El conjunto de familias agnaticias en sentido amplio con un antepasado común del que deriva el nomen gentilicium (apellido común) propio de todas ellas, constituye lo que se denomina el grupo de los gentiles, una gran familia: gens, entre cuyos miembros se producen, a su vez, determinados efectos jurídicos de carácter familiar, hereditario y

(15) Vid. J. IGLESIAS, Derecho romano, Op. cit., pág. 329 donde se hace referencia a Digesto 50, 16, 195, 2.

(16) Communi iure familiam dicimus ómnium adgnatorum: nam et si patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt.

patrimonial. D'ORS¹⁷ advierte que la consistencia de esta institución, más propia de las estirpes de abolengo, decae a fines de la República y deja de tener importancia para el derecho en la época del Principado.

¿Cómo se accede a la familia? ¿De qué manera puede una persona integrarse o ser miembro de una familia? Según hemos visto, la familia se describe como un núcleo de personas que están sometidas a la única potestad del pater familias por razones naturales o jurídicas, es decir, pertenecen a la familia todos los sometidos a la potestad del pater familias por haber nacido dentro del grupo y los que se han incorporado a él por actos jurídicos o religiosos. Por tanto, para entrar a formar parte de la familia existen dos vías: nacimiento y acto jurídico¹⁸. A su vez, quien entra formar parte de la familia en virtud de un acto jurídico puede hacerlo por medio de la adopción o por medio de la conventio in manum.

El nacimiento es el modo normal de acceder a la familia. El hijo legítimo¹⁹, al nacer, queda sometido a la potestas de su padre. Entra a

(17) Vid. A. D'ORS, Derecho privado romano, Op. cit., pág 289.

(18) Cfr. J. IGLESIAS, Derecho romano. Instituciones de Derecho privado, Op. cit., pág. 552.

(19) Hijo legítimo es el concebido en matrimonium iustum; si era concebido fuera del matrimonio, el hijo era ilegítimo aunque hubiese nacido dentro del matrimonio. Los soldados, hasta la época de Septimio Severo, no podían contraer matrimonio; los hijos nacidos de la concubina de un soldado eran hijos ilegítimos.

formar parte de la familia el procreado en nupcias legítimas o justas nupcias: *iustae nuptiae* por individuo varón de la familia, sea *pater* o *filius*. Los descendientes por línea femenina no son miembros de la familia, ya que pertenecen a la de su respectivo padre. Se considera *iustus* al hijo concebido en justas nupcias, es decir, al nacido después de los 182 días siguientes a la celebración del matrimonio y antes de los 300 días de su disolución²⁰.

La adopción es el acto jurídico en virtud del cual un extraño a la familia entra a formar parte de ella en condición de *filius*²¹. De forma más específica puede decirse con D'ORS que "la adopción consiste en la incorporación de una persona extraña dentro de la familia agnaticia del adoptante, en posición de hijo o descendiente de ulterior grado, en cuyo caso, se requiere el consentimiento del hijo propio bajo cuya potestad va a quedar el adoptado a la muerte del adoptante".

El adoptado rompe su agnación con la familia de origen: *capitis deminutio* y entra plenamente a formar parte de la familia adoptiva, uniéndose a ella en nombre, agnación, religión, *gens*, tribu, etc...

(20) Se admite la posibilidad de que el marido reconozca como hijo al nacido antes de los 182 días, pero en ningún caso se considera *iustus* al nacido después de los 300 días siguientes a la disolución del matrimonio.

(21) Vid. A. D'ORS, Derecho privado romano, Op. cit., pág 217.

Posteriormente, por influencia de las normas de la familia cognaticia o natural se modifican las condiciones y efectos de la adopción, así, por ejemplo, se tiende a evitar el cambio del nomen. Únicamente pueden ser adoptantes los varones sui iuris, ya que sólo ellos pueden tener patria potestad; las mujeres no pueden adoptar porque no les estaba permitido el ejercicio de la patria potestas y la materna potestas no existió²².

Se distinguen dos formas de adopción: datio in adoptionem o adoptio en sentido *estricto* y adrogatio, según que el adoptado sea un alieni iuris o un sui iuris, respectivamente. Los efectos de la adopción y de la arrogación eran perfectamente idénticos a los de la procreación dentro de la familia²³.

En el caso de la adoptio en sentido estricto se procede primero a una emancipatio del hijo o hija (incluso impúber) para extinguir la potestad de su padre y luego a una in iure cessio por la que el adoptante adquiere la potestad correspondiente. La única finalidad de la adoptio es la de crear la patria potestas.

(22) Vid. F. SCHULZ, Derecho romano clásico, Op. cit., pág. 137.

(23) Vid. P. BONFANTE, Op. cit., pág.151.

La adrogatio, sin embargo, implica la absorción de una familia por otra, con la finalidad de procurar la continuidad familiar a quien carecía definitivamente de ella; el adoptante debe ser mayor de sesenta años y no tener hijos propios o adoptivos. El adrogatus es un sujeto sui iuris con patrimonio propio que sufre una capitis deminutio, convirtiéndose en alieni iuris. Por efecto de la adrogatio, el arrogado y todos los individuos sometidos a su potestad, entran bajo el poder paterno del arrogante²⁴, quien adquiere además todo el patrimonio de aquel, produciéndose un sucesión universal inter vivos.

Desde antiguo la arrogación está sujeta a requisitos más precisos y seguros que los exigidos para la adoptio con el fin de evitar que el arrogante hiciese de la adrogatio objeto de especulación. En un principio la adrogatio se considera un auténtico acto legislativo pues tiene lugar mediante una resolución adoptada en los comitia curia²⁵. Posteriormente, cuando fueron representadas las curias por los correspondientes lictores²⁶, la resolución de los comitia degeneró en una

(24) GAYO, 1, 107; 3, 83. Cfr. J. IGLESIAS, Instituciones de Derecho privado, Op. cit., pág. 555.

(25) Los comitia eran convocados originariamente por el máximo pontífice y posteriormente, al asumir el Emperador el pontificado máximo, por su delegado. Vid. F. SCHULZ, Derecho romano clásico, Op. cit., pág. 138.

(26) Si la adrogatio tiene lugar en Roma, se celebra una ceremonia ante treinta lictores representantes de las antiguas treinta curias, en cuyos comicios se hacía antiguamente el acto

mera formalidad, si bien las formas propias del acto legislativo se mantuvieron y esta formalidad persiste durante todo el periodo clásico.

En la época postclásica, la adoptio y la adrogatio se someten a una nueva reglamentación inspirada en la idea de que ambas sirven para procurar una familia a quien no la tiene²⁷. Fruto de esta reforma se permite la arrogación de las mujeres²⁸.

Con Justiniano se introduce una nueva modalidad de adopción, la adoptio minus plena, por contraposición a la adoptio plena. En la adoptio minus plena el adoptado adquiere un simple derecho hereditario respecto al adoptante sin perder los que tenía en la familia de origen, pues no implica una capitis deminutio²⁹. La adoptio plena es la hecha por un ascendiente del adoptado y produce los mismos efectos que la clásica, es decir, que el filius se desliga totalmente de su familia originaria para hacerse miembro de la nueva familia.

de arrogación, y si se produce en provincias, se acude a la gracia imperial. Vid. A. D'ORS, Derecho privado romano, Op. cit., pág. 217.

(27) Vid. A. D'ORS, Derecho privado romano, Op. cit., pág. 305.

(28) Vid. F. SCHULZ, Derecho romano clásico, Op. cit., pág. 141.

(29) Puesto que la adoptio minus plena no confiere la patria potestad, se permite que las mujeres puedan adoptar para consuelo de la pérdida de sus hijos. Cfr. J. IGLESIAS, Derecho romano. Instituciones de Derecho privado, Op. cit., pág. 552.

Por último, la conventio in manum es el acto por el cual la mujer ingresa en la familia del marido, rompiendo todo lazo con su familia originaria. Puede producirse por cualquiera de las tres siguientes formas: por la confarreatio que es una ceremonia religiosa, por la coemptio que consiste en la compra fingida de la mujer y por el usus que es la usucapión o adquisición por la posesión aplicada a este caso. El usus³⁰ no existe ya cuando GAYO escribe sus Instituciones, la confarreatio y la coemptio sí, pero se utilizan exclusivamente con efectos limitados.

Antes de continuar con el análisis de la familia romana es necesario aclarar que, aunque el significado originario de capitis deminutio no es bien conocido y ha dado lugar a la formulación de variadas hipótesis, cuando se producen cambios en la situación familiar de una persona, se dice que quien sufre el cambio ha sido “rebajado en cuanto a su individualidad” capite deminutus. Por tanto, la capitis deminutio es la pérdida de la anterior personalidad de un individuo³¹ y supone siempre una salida de la familia civil a la que se pertenecía, sea por caer en esclavitud definitiva³² o perder la ciudadanía romana, sea por

(30) Vid. J. ARIAS RAMOS Y J.A. ARIAS BONET, Derecho romano II, Op. cit., pág. 696.

(31) Cfr. A. D'ORS, Elementos de Derecho privado romano, Op. cit., pág 51.

(32) El cautiverio de guerra no suponía una capitis deminutio definitiva, pues el prisionero podía recuperar posteriormente su derecho.

cambiar de familia, o sea por la emancipación, que libera de la patria potestad.

La antigua familia romana se concibe como una pequeña comunidad soberana: maiores nostri...domum pusillam rem publicam esse iudicaverunt (nuestros mayores consideraron la casa como una pequeña república)³³. La vida de la familia es regulada por el pater familias de modo soberano de tal forma que las relaciones de derecho privado entre él y los fili familias se consideran inconcebibles. Sólo los cabezas de familia son sujetos de pleno derecho: sui iuris. Los sometidos al pater familias carecen de esa personalidad en el ámbito del derecho privado, sea cual sea su posición en la vida pública. La mujer casada ocupa una posición digna dentro de la casa: mater familias, pero carece de potestad; no obstante, si no continúa bajo la potestad de su padre ni ha entrado bajo la manus de su marido, es sui iuris. Los descendientes que se hacen sui iuris al morir el pater familias son precisamente los herederos de propio derecho: sui heredes, y adquieren la herencia por el hecho mismo de la muerte de su ascendiente, sin necesidad de acto alguno de aceptación a diferencia de los parientes u otras personas que sean llamadas a heredar; y al hacerse

(33) Referencia a SÉNECA, Esp. 5, 47, 14, en J. IGLESIAS, Derecho romano, Op. cit., pág. 330.

ellos sui iuris por la muerte de su padre, toman bajo su potestad a sus propios descendientes.

El poder del pater familias sobre las personas a él sometidas se consideraba absoluto³⁴. En este sentido la familia romana constituye una asociación jurídica de carácter monocrático³⁵ que consta del pater familias como jefe y de las personas que están sometidas a su poder doméstico (su mujer uxor in manu, sus hijos no emancipados y sus esclavos). La condición de miembro de esta asociación doméstica somete a quien la posee al poder pleno e ilimitado del cabeza de familia. El poder del pater familias tenía un carácter unitario y en los primeros tiempos³⁶

(34) Siguiendo a CICERÓN: “El padre debe ser reverenciado por sus hijos como si fuera un dios” (“quem veretur ut deum, neque enim multo secus est parens liberis”). Cfr. F. SCHULZ, Derecho romano clásico, Op. cit., pág. 142. Como indica el autor en la citada obra “el profundo respeto del romano a la autoridad y a la disciplina, fue un sentimiento que inspiró siempre a los juristas de Roma. La casa romana fue para ellos la más alta escuela de disciplina y la patria potestas ilimitada una exigencia ineludible”.

(35) Vid. M. KASER. Derecho romano privado, Op. cit., pág. 66.

(36) La patria potestas en su concepción más arcaica refleja el extraordinario poder que el pater familias ejerce sobre los hijos in potestae abarcando incluso el derecho de matar a los hijos, (incluidos los recién nacidos), derecho que fue suprimido por el Emperador Valentiniano. Originariamente el pater familias gozaba del derecho de vender a sus hijos y cuando los vendía al extranjero, se convertían en esclavos; podía desposar y dar en matrimonio a sus hijos sin el consentimiento de éstos y también tenía derecho a disolver el matrimonio de sus hijos; tenía igualmente derecho a nombrar un tutor o un heredero a sus hijos. En definitiva, la patria potestas no se concebía, en modo alguno, como una especie

se extendía por igual a cosas y a personas, libres y sometidas a esclavitud.

Aunque era un poder absoluto, en la práctica, sin embargo, resulta doblemente atenuado dado que su ejercicio estaba limitado, por un lado, por las costumbres de los antepasados, mores maiorum, contrarias a todo abuso en la conducta paterna, y por otro, por la ritual consulta al tribunal denominado iudicium domesticum³⁷ que constituía una institución familiar consuetudinaria equilibradora del poder paterno. También contribuyeron como elementos disuasorios del ejercicio abusivo del poder del cabeza de familia, la nota censoria y el progresivo reforzamiento de la posición de los hijos sometidos a patria potestad en la legislación promulgada en la época imperial.

El conjunto de los poderes del pater familias se llamaba manus en la edad antigua, y más tarde, en el uso corriente, potestas³⁸. Esta autoridad soberana que ejerce el pater familias comprende en sí diversas potestades: sobre la mujer: manus maritalis o potestas

de guarda o de custodia y el padre no podía ser considerado como un tutor legitimus de su hijo. Vid. F. SCHULZ, Derecho romano clásico, Op. cit., págs 143 y ss.

(37) Normalmente, cualquier decisión sancionadora emitida por el cabeza de familia era sometida a consulta ante dicho tribunal con carácter previo a su adopción.

(38) Vid. P. BONFANTE, Op. cit., pág 147.

maritalis, sobre los hijos: poestas o patria potestas, sobre los esclavos: dominica potestas y sobre los hijos de otros entregados en venta al pater familias: mancipium. Más tarde, la palabra manus se utiliza tan sólo para designar el poder sobre la mujer casada: uxor in manu en tanto ésta pertenece a la casa del marido. El poder sobre los hijos es la patria potestas y el que se tiene sobre los esclavos es la propiedad; así se dice que los hijos están “in potestae patris” y las personas sometidas a esclavitud están “in potestae domini”.

Respecto a la poestas o patria potestas sobre los hijos destacar que ni la mayoría de edad del hijo, ni su matrimonio, ni su ingreso en el ejército, ni su acceso a las magistraturas más altas ponen fin a ese poder paterno y a la incapacidad jurídica del hijo³⁹. La patria potestas no se extingue cuando el hijo es mayor, sino que subsiste mientras el padre vive, a menos que éste abdique de su poder sobre el hijo a través de un acto especial: emancipatio. Excepcionalmente, también se extingue la patria potestad por la elevación de los hijos a ciertos sacerdocios como el del flamen Dialis, o de las hijas a la función de Virgo Vestalis⁴⁰. Sin embargo, la intensidad de este poder y su

(39) Sobre las interferencias de la patria potestad en la vida política de los filiifamilias, ver LATORRE, en Estudios Álvarez Suárez, 1978, pág. 251.

(40) Vid. A. D'ORS, Derecho privado romano, Op. cit., pág 311.

alcance, fueron progresivamente aminorados, sobre todo por el cristianismo, de suerte que la tradición jurídica europea no recogió más que un débil residuo de la antigua potestad romana prácticamente comparable a la tutela sobre los menores de edad.

A diferencia de los esclavos, la mujer *uxor in manu* y los hijos de familia son libres, pero ninguno de ellos puede tener patrimonio propio. En un principio el patrimonio fue considerado como patrimonio de la familia y el poder de disposición sobre el mismo correspondía al *pater familias*. Como regla general el que se hallaba bajo la potestad ajena, no podía tener nada propio, por lo que los hijos e hijas sometidos a patria potestad no podían adquirir para sí mismos; en definitiva, no podía ser propietarios.

En el Derecho romano clásico los sometidos al *pater familias* carecen, en principio, de capacidad para tener un patrimonio independiente⁴¹ y aunque gozan de capacidad negocial, todo lo que adquieran por los negocios en que intervengan y todas las disposiciones hechas a su favor por terceros, pasan a formar parte del patrimonio familiar, es decir, del patrimonio gobernado por el *pater familias*. Como

(41) Como consecuencia de esta incapacidad patrimonial del hijo, todo lo que éste adquiera revierte necesariamente en el patrimonio familiar. Vid. M. KASER, Derecho romano privado, Op. cit., pág. 278.

dice J. IGLESIAS⁴², “los fili familias carecen de capacidad patrimonial activa” y en términos similares P. BONFANTE⁴³ señala que “el pater familias no solamente dispone del patrimonio familiar a su gusto, sino que todo lo que adquieran los fili familias le pertenece”. Del mismo modo SCHULZ⁴⁴ manifiesta que “un hijo sometido a potestad no tiene propiedad alguna, pues lo adquirido por él revierte automáticamente en el patrimonio de su padre”. Este dogma clásico de la incapacidad patrimonial del hijo sometido a potestad se hallaba profundamente arraigado en la mente de los juristas de la República tardía y del Principado.

Sólo el pater familias era sui iuris y en consecuencia sólo a él se le reconocía plena capacidad jurídica y de obrar, en el seno de la familia, en el marco del derecho privado y, en especial, en el ámbito patrimonial.

Sólo el pater familias podía ser titular de derechos patrimoniales: “filius nihil suum habere potest”⁴⁵. Los hijos e hijas de la familia sometidos a patria potestad y, por ello, allieni iuris, tenían tan sólo una

(42) Cfr. J. IGLESIAS, Derecho romano. Instituciones de Derecho privado, Op. cit., pág. 154.

(43) Vid. P. BONFANTE, Op. cit., pág. 165.

(44) Cfr. F. SCHULZ, Derecho romano clásico, Op. cit., pág. 145.

(45) El hijo no puede tener nada suyo. Vid. J. IGLESIAS, Derecho romano, Op. cit., pág. 337 donde se hace referencia a Digesto 41, 1, 10, 1.

limitada capacidad de obrar en ese campo, capacidad que con el tiempo se fue ampliando de forma progresiva.

En el viejo *ius civile*, los sometidos a potestad no podían empeorar la posición del titular de la patria potestad aunque sí mejorarla. Esta situación injusta fue posteriormente modificada por el *pretor* al establecer una serie de acciones⁴⁶ en virtud de las cuales los acreedores de los hijos o esclavos podían reclamar de los respectivos jefes. En virtud de estas acciones el *pater familias* se obligaba a responder solidariamente junto con la persona *alieni iuris* sometida a su potestad, en aquellos casos en que ésta actuaba en el tráfico comercial mediante una intervención o a iniciativa del *pater familias*, como podía ser el haberle puesto al frente de un negocio, haberle encomendado alguna gestión patrimonial o haberle otorgado un *peculium*.

Podría decirse, por tanto, que la absoluta inicial incapacidad patrimonial del *filius familias* deja de ser tal con la aparición de los peculios, mediante los cuales el *pater familias* concede⁴⁷ parte de sus

(46) Son las que más tarde se denominan acciones adyecticias: *actiones adiecticiae qualitatis*.

(47) ULPIANO en Digesto 15,1,7,1 pone de manifiesto que no es necesario o imprescindible que exista una verdadera concesión puesto que se consideraba suficiente el hecho de que el *pater familias* no suprimiese al *filius* o al *servus* lo que habían adquirido.

bienes al filius familias⁴⁸. La incapacidad patrimonial de los sometidos a patria potestas se mantiene, desde un punto de vista dogmático, durante toda la época clásica y aunque cae en desuso a finales de la República, el radical cambio de concepción en la situación jurídica del filius familias no se produce hasta la época postclásica.

No hay unanimidad doctrinal en cuanto al significado etimológico del término peculium. Para muchos autores peculium⁴⁹ es un diminutivo de pecus, ganado. Sin embargo, BONFANTE⁵⁰, por el contrario, considera que es un diminutivo de pecunia, por lo que no significa ganado, sino pequeño patrimonio⁵¹. Con independencia de su significado etimológico, no cabe duda de que el peculium independizaba económica y socialmente a quien lo recibía⁵², si bien la propiedad del mismo correspondía al pater familias.

(48) A pesar de que los textos hablan normalmente de peculios de los hijos o esclavos, también se admiten los peculios de las hijas o esclavas.

(49) Peculium, literalmente, “propiedad de un ganado”. Cfr. F. SCHULZ, Derecho romano clásico, Op. cit., pág. 146.

(50) Vid. P. BONFANTE, Op. cit., pág.165.

(51) Es probable que en época primitiva el peculio consistiese en una cantidad de dinero o en un pequeño patrimonio, por lo que su administración se enmarcaría dentro de la esfera del creditum y de ahí las actiones adiecticiae qualitatis.

(52) Vid. M. KASER, Derecho romano privado, Op. cit., pág. 279.

Existen diversas figuras vinculadas al régimen de los peculios. Históricamente surge, en primer lugar, el peculium profecticium que era el concedido por el pater familias al filius familias para sus necesidades o para el ejercicio de alguna actividad y tenía por objeto una pequeña cantidad de dinero o un pequeño grupo de bienes concedido por el pater familias al filius familias en goce y administración, de manera que podía disponer libremente del peculio, pero no donarlo. Tal concesión podía ser revocada en todo momento –ademptio peculii– y a la muerte del filius el peculio retornaba automáticamente al pater familias.

El hijo adulto que ya no vivía en casa de su padre podía administrar, al igual que un propietario, los bienes que le habían sido entregados en concepto de peculium profecticium e incluso podía disponer de ellos y afectarlos al pago de deudas. Sin embargo, el pater familias continuaba siendo el único propietario legal de tales bienes y en consecuencia podía privar de ellos al hijo discrecionalmente, aún cuando hubiesen sido adquiridos por éste con su propio trabajo⁵³.

Una segunda figura es el peculium castrense que surge en la época del Principado en contraste con el peculium profecticium.

(53) Cfr. F. SCHULZ, Derecho romano clásico, Op. cit., pág. 146.

Durante la época republicana todo lo que el hijo adquiría con ocasión del servicio militar formaba parte del peculium profecticum; sin embargo, con el paso de la República al Principado, los bienes castrenses adquieren especial importancia debido, por un lado, al aumento de la paga o soldada y de los donativos a favor de los soldados y, por otro, al hecho de que el ejército romano se transformó en profesional, adquiriendo carácter de permanencia.

Siguiendo a BONFANTE se ha de decir que el principio de titularidad única del patrimonio familiar en la persona del pater familias, tan sólo sufrió en la época clásica una derogación, la establecida a favor de los fili familias soldado, lo que habría constituido un ius singulare a partir de Augusto. Fue en época del emperador Augusto cuando se concedió al hijo militar la facultad de disponer inter vivos o mortis causa de lo que hubiera adquirido en campaña militar, siempre que continúe al servicio de las armas. Posteriormente, con Adriano de emperador se configuró de manera definitiva el peculium castrense como un peculio especial, diferenciado del peculium profecticum, en la medida en que el filius familias podía otorgar testamento respecto a lo adquirido en campaña⁵⁴.

(54) Según se establece en Instituciones de Justiniano 2.12.pr “...lo que un militar que se halla bajo la potestad de su padre hubiera adquirido en campaña, ni su mismo padre puede quitárselo, ni los acreedores del padre venderlo o de

Con el paso del tiempo se reconoce al hijo militar, en relación con el peculium castrense, capacidad de testar, de disponer inter vivos, y de donar, si bien los bienes no pierden la condición de peculiares, pues en el caso de que el filius fallezca antes que el pater sin haber otorgado testamento, los bienes revierten automáticamente a este último o a sus herederos, pero no por derecho de sucesión, iure hereditatis, sino por derecho de peculio, iure peculii, es decir, como si ya le hubiesen pertenecido en propiedad (Digesto 49, 17, 2.). El Derecho de Justiniano modifica este régimen al disponer que si el hijo muere intestado, procede la sucesión legítima de los hijos y de los hermanos, siendo llamados los parientes en tercer grado (Inst. 2, 12 pr.)⁵⁵.

Existen además otras dos formas o figuras de peculio, el peculium quasi castrense y el peculium adventicium, ambas recogidas en la legislación de Constantino.

En un primer momento, el peculium quasi castrense está constituido por los bienes que el hijo adquiere como funcionario de la corte imperial. Más tarde, también forman parte de esta variedad de peculio, los bienes provenientes del ejercicio de cualquier cargo público,

otro modo perseguirlo...sino que, en verdad, es cosa propia de aquel que lo hubiese adquirido en campaña...”.

(55) Vid. M. KASER, Derecho romano privado, Op. cit., pág. 279.

de la profesión de abogado, juez o asesor, del clérigo cristiano así como las donaciones realizadas por el emperador o la emperatriz.

Bajo la denominación de *peculium adventicium* se incluyen, en un principio, todos aquellos bienes que el *filius familia* hereda, por testamento o abintestato, de su madre, sin que pasen al patrimonio paterno; más adelante se extiende también a los regalos y donaciones nupciales recibidas por el *filius familia* así como los bienes heredados de ascendientes maternos (*bona materna generis*). Posteriormente se atribuye al hijo de familia la propiedad de todos los bienes que adquiere de cualquier modo, no sólo los procedentes de su madre, con dos únicas excepciones correspondientes a los bienes adquiridos con dinero del padre o a costa del mismo (*ex re patris*) y los bienes entregados al hijo por un tercero por gratitud o consideración al padre (*ex contemplatione patris*).

Una vez analizado el concepto de familia y el poder del *pater familias* y la importancia del patrimonio en relación con ella, nos referiremos a continuación a la transmisión de dicho patrimonio en el ámbito propio y característico del Derecho sucesorio, teniendo en cuenta que por Derecho sucesorio se entiende el conjunto de normas jurídicas

que, dentro del Derecho privado, regulan el destino del patrimonio de una persona después de su muerte.

En sus orígenes la propiedad reviste carácter familiar y como consecuencia de ello, tras la muerte de una persona, sus bienes se mantienen y conservan en el seno de la familia transmitiéndose a los familiares “en virtud de aquella especie de copropiedad que existía entre ellos y el difunto” según manifiesta OSSORIO MORALES⁵⁶. Para SCHULZ⁵⁷ “es posible que en tiempos prehistóricos, hubiese en Roma una comunidad doméstica y que padres e hijos fuesen considerados como copropietarios de los bienes todos de la casa. Si tal comunidad doméstica llegó a existir, desapareció muy pronto y en los jurista no hallamos la más leve traza de ella”.

En el Derecho romano el Derecho sucesorio tiene un fundamento familiar, aunque el objeto de la herencia, en época histórica, no sea otro que el patrimonio. El traspaso de las relaciones familiares se hizo siempre de acuerdo con la estructura familiar. La familia se vincula por la herencia a una continuidad.

(56) Vid. J. OSSORIO MORALES, Op. cit., pág.13.

(57) Cfr. F. SCHULZ, Derecho romano clásico, Op. cit., pág. 145.

En las XII Tablas y en los textos gyanos los términos familia y hereditas son equivalentes⁵⁸. El heredero no es más que un simple sucesor en el ius, en la posición jurídica unitaria que asumía el antecesor en la familia. El heres sucede en la familia, es decir, se coloca en la posición jurídica que ocupaba el difunto pater familias. En principio, dado que los alieni iuris no tienen patrimonio que dejar, tal y como se ha comentado anteriormente, sólo el pater familias puede causar herencia. A la muerte del pater familias, sus hijos e hijas⁵⁹ se constituyen en herederos propiamente dichos de manera que se hacen sui iuris y quedan de propio derecho en lugar de su padre; en definitiva, adquieren lo que ya en vida del pater familias les pertenecía, aunque fuera potencialmente. Estamos ante los herederos de propio derecho: heredes sui, los cuales no pueden ser preteridos en el testamento. Entre ellos, la herencia se reparte por igual, es decir, por cabezas: in capita.

En Roma el testamento apareció relativamente pronto⁶⁰. Excepcionalmente un pater familias moría sin testamento; la sucesión

(58) Vid. J. IGLESIAS, Derecho romano, Op. cit., pág. 374.

(59) A efectos del reparto de la herencia, no hay diferencia entre hijos: sui e hijas: suae.

(60) La aparición del testamento es mucho más tardía en el Derecho germánico.

testamentaria era lo normal⁶¹. Existió una larga fase durante la cual a la muerte del pater familias los derechos y relaciones que le pertenecían como jefe y representante de la familia se continuaban necesariamente en los hijos y descendientes sometidos directamente a su potestad (heredes sui).

El patrimonio del de cuius, en cuanto éste moría, pasaba, sin necesidad de un acto especial de aceptación, a los heredes sui. Y lo mismo ocurría con los heredes necceesarii, esclavos del causante manumitidos y designados herederos en testamento, pues también adquirirían la herencia inmediatamente después de la delación o llamada a la misma, sin necesidad de que mediase acto alguno o manifestación de voluntad por su parte. Sin embargo, los heredes extranei, los que no lo son por derecho propio, no se hacen herederos por el hecho mismo de la muerte del causante, sino por un acto voluntario de aceptación.

La única forma de sucesión que se concibe en el Derecho antiguo y clásico es la sucesión universal, que puede producirse inter vivos o mortis causa. Suceder proviene del verbo latín succedere, que significa colocarse una persona en lugar de otra, sustituyéndola. Para los

(61) Ningún ciudadano romano honorable moría sin testar. Para la conciencia social de la época otorgar testamento era un acto de especial importancia que respondía a la necesidad de perpetuar la unidad familiar bajo un nuevo jefe.

jurisconsultos romanos la successio consistía en que una persona se situase en la misma posición jurídica en la que antes había estado otra, produciéndose la adquisición, como mera consecuencia de esta suplantación⁶².

La sucesión universal mortis causa es la herencia: hereditas, que tiene lugar cuando a la muerte de una persona, otra: heres, asume todas las relaciones jurídicas del difunto que no sean intransmisibles. Aunque la regla general es la transmisibilidad, se consideran intransmisibles las relaciones jurídicas pertenecientes al Derecho público (magistraturas, cargos públicos desempeñados por el difunto, etc...) y, en el ámbito del Derecho privado, las relaciones jurídicas que se vinculan a la persona, como ocurre, en el orden familiar, con la patria potestas, la manus y la tutela, y en el ámbito patrimonial, los derechos de usufructo, uso y habitación. Son también intransmisibles la posesión; las obligationes ex delicto; las obligaciones de garantía del sponsor y del fidepromissor; las relaciones que descansan en la recíproca confianza de las partes -mandato y sociedad-; la locación de operae; la herencia deferida pero todavía no adquirida⁶³. Sin embargo, al heres no pasan solamente los derechos del fallecido, sino que también se

(62) Cfr. J. ARIAS RAMOS, Op. Cit., pág. 764.

(63) Vid. J. IGLESIAS, Derecho romano. Instituciones de derecho privado, Op. Cit., pág. 622.

transmiten sus cargas y obligaciones, de las cuales responde el heredero no solo con el activo recibido de la herencia, sino incluso con su propio patrimonio: ultra vires hereditatis.

El fenómeno de la hereditas está ligado al título de heres designado por voluntad del causante en testamento (sucesión testamentaria) o, en su defecto, de la ley (sucesión abintestato), siendo incompatibles ambas formas de designación. Cuando una persona era designada heres tan solo para una parte del patrimonio del testador, la otra parte no se destinaba a los herederos abintestato, sino que el heredero testamentario asumía la totalidad de la herencia.

Hasta ahora hemos hecho referencia a la hereditas, que es la sucesión mortis causa regulada por el Derecho civil. Sin embargo, es necesario señalar que junto a esta herencia civil existe la herencia pretoria: bonorum possessio, nuevo sistema basado en principios de equidad que debe su origen a la actividad pretoria.

La bonorum possessio no surge por contraposición a la hereditas sino con la idea de ampliar la base de las vocaciones hereditarias. Integran este nuevo sistema una serie de edictos y decretos en virtud de los cuales se asignaba la bonorum possessio a determinadas personas, que no siempre eran las que resultaban ser

herederos conforme a los puros preceptos del *ius civile*. Según manifiesta IGLESIAS⁶⁴, en la época clásica la función del Pretor es fundamentalmente correctora, confiriendo los bienes hereditarios a personas que el Derecho civil no contempla como herederos. El Pretor lleva a cabo esta labor de corrección o complemento del *ius civile* tanto en el ámbito de la sucesión testada como en la intestada. La mayoría de la doctrina actual considera que la acción del Pretor no tiene por objeto reformar el derecho sucesorio civil, sino regular la posición de las partes en una controversia hereditaria. Se reconoce a la *bonorum possessio* una originaria finalidad procesal: designar al que ha de poseer la masa hereditaria mientras se tramita el proceso en que la herencia se discute. La *bonorum possessio* supone, por tanto, la adjudicación interina de las cosas hereditarias a fin de facilitar la instauración del proceso, cuando es dudosa o equívoca la situación de hecho sobre la que versa dicho proceso. Como consecuencia del carácter interino de tal adjudicación y dado que el heredero civil puede recobrar el patrimonio hereditario ejercitando a tiempo la *hereditatis petitio*, se dice que la *bonorum*

(64) Vid. J. IGLESIAS, Derecho romano. Instituciones de Derecho privado, Op. Cit., pág. 623.

possessio es sine re, por contraposición con la bonorum possessio cum re⁶⁵.

En definitiva, tal y como señala SCHULZ⁶⁶, el Pretor podía otorgar la bonorum possessio a un heres o a un non-heres. En el primer supuesto, el heres disponía de los recursos pretorios y de los que le eran concedidos por el ius civile, mientras que en el segundo el heres disponía solamente de los recursos pretorios. Cuando se otorgaba la bonorum possessio a un non-heres, existiendo heres, el Pretor se limitaba a colmar la laguna existente en el ius civile; pero si existía un heres, se producía el conflicto de dos derechos y, en tal caso, unas veces es el bonorum possessor considerado legalmente superior al

(65) Para aclarar estos conceptos es necesario tener en cuenta que cuando la persona a quien se concede la bonorum possessio no coincide con el heredero civil, se establece una distinción entre bonorum possessio sine re y bonorum possessio cum re. El bonorum possessor a quien el Pretor sostiene como tal incluso frente al heres civil se dice que tiene una bonorum possessio cum re. Por el contrario, si su situación es mantenida sólo en el caso de que el heredero civil no pida la herencia, pero si esto sucede, cesa, entonces se dice que tal bonorum possessio es sine re.

(66) Vid. F. SCHULZ, Derecho romano clásico, Op. Cit., págs. 206 y ss.

heres⁶⁷, otras en cambio, el heres es considerado superior al bonorum possessor⁶⁸.

Aunque en un primer momento el bonorum possessor no prevalece sobre el heredero civil, poco a poco, se va invirtiendo esta situación. Así, lo que empezó modestamente siendo una posesión interina del patrimonio hereditario fue evolucionando a casos de posesión a falta de herederos civiles (representada por la bonorum possessio sine re) y, finalmente, a casos de posesión en contra de los herederos civiles (representada por la bonorum possessio cum re).

Por otro lado, y al igual que en el caso de la hereditas, cabe distinguir entre bonorum possessio secundum tabulas, bonorum possessio sine tabulis o ab intestato y bonorum possessio contra tabulas, según que la bonorum possessio sea conferida, respectivamente, de conformidad con el testamento, en ausencia de este o contra lo dispuesto en el mismo.

Mientras la hereditas, según se ha señalado anteriormente, se impone obligatoriamente a los heredes sui, cuando no son extraños o voluntarios, la bonorum possessio es concedida en tanto en cuanto se

(67) La bonorum possessio es llamada en tal caso bonorum possessio cum re.

(68) La bonorum possessio es llamada en tal caso bonorum possessio sine re.

solicita del magistrado, es decir, las personas a las que se ofrece la bonorum possessio deben solicitarla del magistrado mediante una declaración de aceptación: agnitio⁶⁹.

Otra diferencia consiste en que la hereditas se rige por el principio de la aceptación personal, mientras que para la bonorum possessio se admite la adquisición por medio de representante. Si bien en la legislación imperial se mantiene el sistema pretorio, en las legislaciones de los inmediatos predecesores de Justiniano comienza a desvanecerse la distinción entre la hereditas y la bonorum possessio y con la Compilación se llega hasta una fusión y confusión de ambos sistemas. La hereditas es la única sucesión universal con origen en la successio clásica que ha perdurado hasta las legislaciones actuales.

En el Derecho romano antiguo y clásico la sucesión, tal y como se ha indicado anteriormente, tiene carácter universal y no particular. El heredero clásico es successor mientras que el legatario es adquirente. El heredero clásico sucede en una posición jurídica unitaria vinculada al universo de la familia mientras que el legatario se coloca frente al heredero en la misma situación en que estaría frente al difunto. El legatario clásico adquiere del heredero, no sucede al heredero ni al

(69) Cfr. A. D'ORS, Derecho privado romano, Op. Cit., pág. 246

difunto, porque la sucesión a título particular es un concepto extraño a los jurisconsultos romanos, según pone de manifiesto BONFANTE. Es necesario esperar hasta la época postclásica para hablar de la adquisición de derechos singulares y de “sucesión particular” en relación con los legados.

En conclusión, en el ámbito del Derecho romano, destacamos las siguientes ideas fundamentales en relación con la familia, el patrimonio y la herencia. En relación con la familia debe tenerse presente que en el Derecho romano lo que existe es una familia patriarcal, gobernada por el poder del pater familias. Familia que se organiza como una unidad patrimonial de producción; no como la familia nuclear que, generalmente, se presenta como una unidad de consumo. Sólo en casos excepcionales será considerada como unidad de producción. Aquí tenemos la explotación económica (industrial, fabril, agraria...) o la sociedad de capital que se protege actualmente en nuestro ordenamiento jurídico con la facultad concedida al testador en la partición practicada por él mismo en el art. 1056.2º del Código Civil. El poder del pater es originariamente absoluto en el Derecho romano clásico, sobre los individuos y sobre el patrimonio familiar. La antigua familia romana es una pequeña comunidad soberana donde el titular de los derechos patrimoniales sólo puede serlo el pater familias de manera que cuando un hijo adquiere, sea por

negocios que lleve a cabo, o por disposiciones a su favor⁷⁰, los bienes o derechos pasan a engrosar el patrimonio familiar: el patrimonio gobernado por el *pater familias*. La herencia, inicialmente, como observa D'ORS⁷¹, es una institución regida en un principio por las XII Tablas, posteriormente por el Derecho Pretorio, y finalmente por la legislación imperial: Novelas de Justiniano; pero ello no altera el régimen de adquisición. Solo podían existir algunos peculios individualizados en el Derecho romano postclásico, según hemos visto; pero ello no significa una alteración en el régimen general del patrimonio familiar. En este mismo sentido se pronuncian la generalidad de los romanistas.

Por tanto, de todo lo expuesto se deduce que en el Derecho romano no existen, en sentido propio, ni pueden existir, precedentes normativos de la materia cuyo estudio nos ocupa; que ya ínsitamente aparecía incorporada la figura jurídica de protección de la explotación económica familiar en el propio concepto de familia y herencia en los términos señalados anteriormente.

(70) Por actos *mortis causa*, por ejemplo.

(71) Vid. A. D'ORS, Derecho privado romano, Op. Cit., págs 245 y ss.

B) Tradición jurídica germánica

La historia del Derecho germánico⁷² está marcada por un hito fundamental que tiene lugar a finales del siglo XV, a saber, la recepción del Derecho extranjero: Derecho romano, Derecho canónico y Derecho feudal lombardo, principalmente, siendo el Derecho romano el más importante de todos ellos. Aunque en el ámbito del Derecho privado la recepción de tales derechos influyó de manera considerable, debe tenerse en cuenta que, sin embargo, no supuso una pérdida absoluta de vigencia de todo el Derecho alemán⁷³.

El Derecho germánico anterior a la recepción del Derecho extranjero, y más en concreto el Derecho germánico antiguo, gira en torno al concepto de la *Sippe*. Las comunidades de vida germánica estaban constituidas por grupos familiares que daban lugar a la denominada

(72) Vid. J. BINDER, Derecho de Sucesiones, trad. por J.L. LACRUZ BERDEJO, Madrid, 1953. H. BRUNNER Y C. V. SCHWERIN, Historia del Derecho germánico, trad. por J.L. ALVAREZ LÓPEZ, Madrid, 1936. E. DE HINOJOSA, El elemento germánico en el Derecho español, en "Obras". Estudios de Investigación, II, Madrid, 1915. H. PLANITZ, Principios de Derecho privado germánico, trad. por C. MELÓN INFANTE, Barcelona, 1957. J. OSSORIO MORALES, Manual de Sucesión Testada, Madrid, 1957.

(73) El Derecho alemán se conservó para relaciones jurídicas desconocidas por el Derecho romano y el Derecho romano no se recibió si la relación jurídica romana respectiva era extraña en Alemania.

Sippe. La Sippe⁷⁴ (familia) germánica no se concibe como patriarcal; sino que en una caracterización mucho más primitiva se configura como una comunidad de administración y general, hasta bien entrada la Edad Media. Su organización es de tipo agnaticio y a la vez asociativo. Esta asociación⁷⁵, agraria y militar en la época primitiva, se rige por el principio de igualdad de derechos de sus miembros, los cuales pueden dejar de pertenecer a la Sippe por abandono voluntario de la misma⁷⁶ o por ser expulsados por la propia Sippe.

La Sippe se presenta como un círculo parental de vida económica y jurídica de una serie de individuos unidos por vínculos de sangre de tal manera que el individuo únicamente toma parte de la vida económica y jurídica como miembro de la Sippe⁷⁷. La Sippe desempeña ciertas funciones jurídicas de carácter público, presta ayuda a sus miembros en

(74) Diferente de la Sippe es el círculo parental denominado Magschaft, que saliéndose del ámbito de la Sippe, comprende también a los parientes de sangre que proceden de la línea materna. Atendiendo a su naturaleza, el círculo parental se divide en dos grupos integrados, respectivamente, por los parientes paternos y los parientes maternos.

(75) La Sippe constituyó la asociación de paz más antigua, pues excluía toda hostilidad o enemistad entre sus miembros.

(76) El abandono voluntario de la Sippe tiene lugar mediante un acto público: se de parentilla tollere. Vid. H. BRUNNER Y C. V. SCHWERIN, Op. cit., pág. 11.

(77) Vid. E. DE HINOJOSA, Op. cit., pág. 18 y ss acerca del paralelismo entre la familia española de la primer época de la Edad Media y la Sippe.

el ámbito de la administración de justicia y cumple una importante función jurídico-privada como se manifiesta en el hecho de que la Sippe queda involucrada en todo negocio o acto jurídico que realice cualquiera de los miembros integrantes de la misma.

La Sippe asegura y garantiza la paz a sus miembros proporcionando a todos ellos protección en caso de agresión por parte de terceros. Junto a esta protección externa, existe también una protección interna manifestada en hechos tales como la tutela conjunta que ejerce la Sippe sobre las mujeres a quienes faltare el poder tutelar del marido y sobre los menores de edad que carecieren de la correspondiente tutela del padre. Con el paso del tiempo, en el periodo franco, la Sippe se va debilitando y se fortalece el poder estatal de forma que esta tutela queda reducida a una situación de alta vigilancia tutelar como la que, al menos teóricamente, asume el poder del Estado. Con la expansión del reino franco, las funciones jurídicas de la Sippe ya no corresponden a la asociación genealógica agnaticia sino al parentesco de sangre.

Al principio, para pertenecer a la Sippe era necesario proceder de un padre troncal común, es decir, forman parte de la Sippe quienes descienden en línea masculina de un tronco común; en concreto, con relación al varón, todos los hijos nacidos de un matrimonio legítimo y

acogidos por él, como padre, en la casa, y, con relación a la mujer, también su descendencia ilegítima (extramatrimonial). Más tarde se permitió la entrada a las Sippen de personas que, sin estar unidas por vínculos de sangre con los demás miembros de la comunidad, eran admitidos en ella mediante un acto jurídico de otorgamiento de linaje o atribución de linaje⁷⁸.

En la Sippe se reunía todo el patrimonio del marido, de la mujer y de los hijos, en una única masa común patrimonial que era administrada por el jefe de la Sippe: el marido. De hecho en la comunidad se integraban una pluralidad de miembros, que, muchas veces, tenían diferentes procedencias de vínculos parentales. Una Gewere⁷⁹, por razón de tutela jurídica (Gewere zu rechter Vormundschaft), cuya administración y aprovechamiento correspondía a la comunidad. En una primera acepción la palabra Gewere significa el acto por el cual se entrega en forma jurídica un inmueble y el hasta entonces poseedor declara abandonar la posesión. Posteriormente se amplía el significado

(78) El acto jurídico de otorgamiento de linaje o atribución de linaje recibe el nombre de Geschlechtsleite. Cfr. H. PLANITZ, Op. cit., pág. 279.

(79) Gewere, con sus innumerables significados, que sirven para describir situaciones jurídicas diversas de apariencia jurídica, de tutela, de administración, etc.

del término y se aplica⁸⁰ no sólo a los bienes raíces sino también a los muebles.

Así en la familia germánica todo el patrimonio estaba vinculado a la comunidad doméstica o familiar de tal manera que en caso de que falleciese algún miembro de la casa, no se producía ninguna alteración en las relaciones jurídico-patrimoniales. Ningún miembro de la casa podía disponer por última voluntad de los objetos del patrimonio. Todo el patrimonio se hallaba fuertemente vinculado al parentesco de sangre, existiendo a efectos sucesorios herederos natos, a quienes nadie podía privar de sus derechos; pero además, en el raro supuesto de que no existieren tales herederos, tampoco el causante podía disponer libremente de los bienes *mortis causa*; puesto que ello era considerado fraudulento para los derechos reversionales que correspondían a la *Sippe*, que funcionaba como una comunidad genérica. El derecho de reversión a favor de la *Sippe* sólo continuó en el periodo franco con relación a los inmuebles como derecho de reversión del Municipio.

En la época de auge de las *Sippen* no existe un dominio privado sobre la tierra sino que predomina el dominio colectivo a favor de la

(80) En el sentido de posesión, tiene *gewere* sobre inmuebles quien percibe sus rendimientos; y en cosas muebles, se considera titular de la *gewere* a quien lo fuera de su tenencia. Vid. H. BRUNNER Y C. V. SCHWERIN, Op. cit., pág. 195.

Sippe. La propiedad de los bienes raíces corresponde a la Sippe, siendo necesario el consentimiento⁸¹ de los miembros que la componen para poder enajenarlos.

Solus deus heredem facere potest, non homo⁸²; dicen los antiguos proverbios germánicos. La única sucesión mortis causa que conocieron fue la sucesión legal, intestada, necesaria. Entre los pueblos de la tradición jurídica germánica, como nos recuerda TÁCITO, no existió el testamento: nulla apud eos testamenta⁸³, que partía de que todos los bienes eran propiedad de la familia, y debía seguir en ella. Todo el patrimonio familiar ha de continuar en la comunidad doméstica; y si por cualquier causa ésta se extingue, los bienes han de revertir a la originaria Sippe.

En el primitivo Derecho germánico predominaba la idea de la copropiedad familiar entre el difunto y sus familiares sobrevivientes. En

(81) La historia del derecho de consentimiento en las enajenaciones parece referirse a la antigua propiedad de la Sippe sobre bienes raíces. Vid. H. BRUNNER Y C. v. SCHWERIN, Op. cit., pág. 13

(82) Cfr. H. PLANITZ, Op. cit., pág. 343.

(83) El desconocimiento del concepto de testamento es una característica propia de las culturas jurídicas embrionarias y de las sociedades primitivas en las que no existe un pleno reconocimiento de la propiedad individual.

virtud de esta idea, la única sucesión conocida en aquella época era la sucesión familiar, que como manifiesta OSSORIO MORALES⁸⁴, dificultó y retrasó extraordinariamente la introducción del testamento. Podría decirse, por tanto, que existe la herencia como continuidad patrimonial de la familia, desconociéndose el concepto de testamento. Hasta la recepción del derecho extranjero, el derecho hereditario germánico era un derecho de familia; las disposiciones de última voluntad o se desconocían o estaban prohibidas.

En la Edad Media la Sippe y el círculo parental pierden su antigua significación. Tanto en el campo como especialmente en las ciudades, la vieja organización de la Sippe estaba en trance de disolución plena. La comunidad doméstica al modo antiguo comienza a desaparecer y en su lugar se subroga la familia particular o familia en sentido estricto⁸⁵ que se apoya en la comunidad matrimonial. Cuanto más van perdiendo importancia la Sippe y el círculo parental, más fuerza recobra la significación de la casa y la asociación matrimonial de marido y mujer como centro de ésta. El patrimonio doméstico se constituye ahora por los bienes matrimoniales y no por los bienes de la familia como

(84) Vid. J. OSSORIO MORALES, Op. cit., pág. 14.

(85) La familia particular o familia en sentido estricto: Einzelfamilie estaba formada por el padre, la madre y los hijos. Cfr. H. PLANITZ, Op. cit., pág. 284.

antiguamente. Durante esta época, frente a la permanencia de la propiedad territorial en el seno de la familia, de fuerte arraigo hasta entonces, surge una libertad de enajenación limitada del poseedor. En la Época Moderna la significación de la Sippe queda limitada a ciertos derechos y obligaciones en materia de tutela y de derecho hereditario.

En un estudio comparativo entre el Derecho romano y el Derecho germánico en el ámbito de la familia, la propiedad y la herencia habría que tener en cuenta las siguientes consideraciones manifestadas por BINDER⁸⁶.

El Derecho romano conoce solamente una forma de propiedad, que consiste en el señorío absoluto del pater familias sobre todo el patrimonio sometido a su poder. El Derecho germánico, en cambio, no ha confiado el patrimonio al libre arbitrio del Hausherr; no llega a ese concepto romano de propiedad, unitario y abstracto. Al concepto romano de la propiedad, corresponde no sólo la unicidad de la sucesión, sino también la libertad de testar del causante: a la múltiple caracterización de la propiedad germánica según su fin y destino, y a su vinculación a la continuidad familiar, corresponde el distinto ordenamiento sucesorio de

(86) Vid. J. BINDER, Op. cit., pág 2.

las diferentes partes del patrimonio y masas patrimoniales⁸⁷ y la ausencia de una sucesión basada en la voluntad del Hausvater.

En definitiva, la sucesión en los derechos de raíz germánica no tiene el carácter de generalidad propio del Derecho romano sino que lo que existen son una pluralidad de sucesiones en la masa patrimonial correspondiente a cada causante; dividiéndose los bienes de acuerdo con su particular naturaleza y según su procedencia (sucesión troncal). Sin embargo, el concepto principal y fundamental, tanto en el Derecho hereditario romano como en el moderno, es la sucesión universal.

Por último destacar que mientras que en Roma, ante la tradicional necesidad de perpetuar la unidad familiar bajo un nuevo jefe, lo excepcional era que un pater familias muriese sin testamento, en los primitivos pueblos germánicos el testamento era una institución desconocida.

(87) Se trata de las llamadas sucesiones especiales.

C) Derecho histórico español

Los tres elementos fundamentales que intervienen en el desarrollo histórico del Derecho civil español⁸⁸ son el romano, el germánico y el canónico. Posteriormente ha influido también el derecho científico, algo la legislación extranjera y las declaraciones doctrinales de la jurisprudencia⁸⁹ que emana de las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo de Justicia.

Los sistemas jurídicos romano y germánico presentan una diversidad⁹⁰ sustancial que se fundamenta en la diferente constitución

(88) Cfr. F. BONET RAMÓN, *Derecho Civil*, Barcelona, 1948. J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil español, común y foral*, Madrid, 1975. DE CASTRO Y BRAVO, *Compendio de Derecho Civil*, Madrid, 1968. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Madrid, 1991. J.L. DE LOS MOZOS, *Derecho Civil español I, Parte General*, vol.1, *Introducción al Derecho civil*, Salamanca, 1977, págs 157 y ss. D. ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil*, Madrid, 1975. A. M. ROMÁN GARCÍA, *Fundamentos históricos y metodológico del Derecho Civil español*, Cáceres, 2006. J. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, Barcelona, 1983.

(89) Vid. F. SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo Derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código Civil e historia general de la legislación española*, Tomo I, Madrid, 1899, pág. 72.

(90) “Desde el punto de vista de la historia de la ciencia del Derecho y de la historia de la Dogmática, el método histórico-dogmático se ha decantado en la *Neueren Privatrechtsgeschichte*, nueva disciplina histórico jurídica, en Alemania, desde 1935, que ha contribuido a deshacer en viejo antagonismo entre romanistas y germanistas”. Cfr. J.L. DE

familiar⁹¹ y en la opuesta organización social de ambos pueblos. Esta diversidad logra atenuarse, en gran medida, gracias al Derecho canónico que proclama como principios básicos el respeto absoluto a la personalidad humana en su más amplio sentido y la afirmación abstracta de la libertad de querer en cualquier sujeto humano. El alcance y contenido de este último principio es más extenso que el establecido por el Derecho romano en el sentido de que la libertad de querer también se predica respecto del *filius familias* y del siervo y demás personas de condición humilde.

En la época primitiva de la historia de cada pueblo no existía propiamente sucesión testada ni intestada. El individuo no era más que uno de los distintos miembros que conformaban la tribu, familia o *gens*, con un jefe a la cabeza. Esa tribu, familia o *gens* constituía una unidad que no se veía alterada por la muerte de cualquiera de sus integrantes y en el caso del fallecimiento del jefe, éste era simplemente sustituido por otro nuevo que ocupaba su lugar. Por tanto, no existía transmisión alguna por causa de muerte porque para que el verdadero propietario muriese

LOS MOZOS, Derecho Civil español I, Parte General, vol.1, Introducción al Derecho civil, op. cit., págs. 63 y 158.

(91) Según se ha indicado con detalle en el apartado anterior de esta tesis.

era necesario que desapareciese la tribu o familia. Durante esta época el testamento era una institución desconocida.

Con el paso del tiempo, a medida que la familia comienza a desintegrarse y los hijos se desvinculan de la misma estableciendo núcleos independientes, la propiedad tiende a hacerse individual y se conceden derechos al individuo, asignándole una participación en los bienes de la familia. También se reconoce al individuo facultad para adquirir con independencia, por lo que se hace necesario distinguir entre los bienes patrimoniales o familiares y los bienes adquiridos⁹² de tal forma que los primeros han de quedar en la familia de la que proceden.

En la historia del Derecho sucesorio español, casi nada se sabe de la época prerromana y tras la vigencia del Derecho romano, los primeros datos aparecen recogidos en la *Lex Visigothorum* en la que la sucesión a causa de muerte se configura con arreglo al Derecho romano vulgar pero modificado sustancialmente por elementos germánicos. En caso de que existan descendientes, la libertad de disponer se reduce a un quinto de la herencia. Durante la Reconquista recobra importancia el elemento

(92) Mientras que los pueblos germanos mantuvieron esta distinción entre bienes propios, patrimoniales o familiares y bienes adquiridos, en Roma nunca tuvo importancia tal distinción. Vid. J. M. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código Civil español*, Madrid, 1987, pág. 11.

germánico y popular tal y como se refleja en los Fueros municipales y generales, muchos de los cuales dividen la sucesión en una pluralidad de masas hereditarias.

Las Partidas⁹³, además de recoger las influencias recibidas de la legislación canónica⁹⁴, introducen en el Derecho de sucesiones los principios romanos ya olvidados en relación con la incompatibilidad entre la sucesión testada e intestada, las formalidades de los testamentos, etc...

A los efectos de la materia cuyo estudio nos ocupa ahora conviene detenerse en el ámbito de la sucesión testada donde en relación con la partición, la *Ley I, Título XV, Partida VI* que lleva por rúbrica "*Que cosa es particion e que pro viene della*", define la misma en los siguientes términos:

(93) Se consideran la fuente más importante de la recepción del Derecho romano (no solamente en Castilla sino en toda España) y constituyen "un monumento literario y jurídico de primer orden, de manera que hasta el Código civil, no hay obra jurídica que pueda comparársele". Cfr. J. L. DE LOS MOZOS, *Derecho civil español*, op. cit., pág. 166. En términos similares, F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, op. cit., págs 143 y 144.

(94) Las Partidas, comenzadas bajo la inspiración de San Fernando y concluidas por Alfonso X el Sabio, responden al ideal católico de la Edad Media.

“Partición es departimiento que fazen los omes entre sí de las cosas que han comunalmente por herencia o por otra razón”.

En la legislación antigua se considera en primer lugar la partición hecha por los ascendientes⁹⁵ y en segundo lugar de la partición hecha por cualquier testador. Así, la *Ley VII, Título I, Partida VI* dispone que:

“... si el padre fiziesse testamento, en que estableciesse por herederos a los fijos, e a los nietos, que descendiessen del, o partiesse lo suyo entre ellos, maguer en tal testamento non fuessen escritos mas de dos testigos, valdria; bien assi, como si fuesse fecho acabadamente ante siete testigos, que pusiesen sus nomes, e sus sellos: Esso mismo sería quando desta manera el padre, o el avuelo partiesse lo suyo por palabra tan solamente, entre sus fijos, e sus nietos,

(95) Tiene su origen en el Derecho romano y se denominaba *“inter liberos”*.

faziendolo ante dos testigos, rogados, e llamados para esto”.

Además debe tenerse especialmente presente la *Ley VIII, Título I, Partida VI*⁹⁶ que lleva por título: “*Como puede mudar e revocar el padre el testamento que ouiesse fecho entre sus fijos*”. El texto íntegro de la citada Ley es el siguiente:

“Mudar e revocar puede el padre, o el avuelo, el testamento o la manda, que ouiesse fecho entre sus fijos, en alguna de las maneras que diximos en la ley ante desta, faziendo después otro testamento acabadamente, ante siete testigos, e diziendo en el, como muda e revoca el otro que fiziera primero. Ca si el segundo testamento non fuese assi acabado, non se desataria porende el primero”.

(96) Las Siete Partidas, glosadas por el Lic. Gregorio López. Reedición facsímil del B.O.E. de la de A. de Portonariis, Salamanca, 1555, reimpr. 1974. Muchos son los comentarios y las ediciones de Las Partidas, pero “ninguno de ellos alcanza tanta resonancia y autoridad como el de Gregorio López: *Las siete Partidas del sabio Rey Don Alonso el Nono, nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López*”. Vid. J.L. DE LOS MOZOS, Derecho civil español, op. cit., pág. 166.

Esta *Ley VIII, Título I, Partida VI* autoriza al padre a partir su sucesión entre sus hijos y nietos; siguiendo el esquema del Derecho romano, según el cual la partición practicada por el testador era la más firme y segura; pues no podía rescindirse si no existía lesión en las legítimas⁹⁷.

Posteriormente el Ordenamiento de Alcalá da fuerza al carácter supletorio de las Partidas⁹⁸, pero a la vez, otorga mayor flexibilidad y sencillez a la forma de los testamentos y rechaza implícitamente la incompatibilidad entre la sucesión testada e intestada y expresamente la institución de heredero.

El siguiente hito jurídico que encontramos en nuestro caminar por la historia del Derecho español lo hallamos en la Nueva Recopilación⁹⁹ de las Leyes de España y más concretamente en las Leyes de Toro¹⁰⁰ que

(97) Cfr. Ley 10, título 36, libro 3 del Codex.

(98) Con el Ordenamiento de Alcalá se logra imponer Las Partidas y, con ello, la unidad legislativa en los reinos de España.

(99) En este cuerpo legal se recoge lo más característico del Derecho castellano, como las Leyes de Toro que se incorporan íntegramente pasando a constituir el núcleo central del sistema. Cfr. J.L. DE LOS MOZOS, Derecho Civil español I, Parte General, vol.1, Introducción al Derecho civil, Salamanca, 1977, pág. 178.

(100) El Derecho español consigue con la autoridad de las Leyes de Toro su centro de equilibrio entre las distintas y al parecer irreconciliables corrientes romana y germánica. Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, Derecho Civil de España, op. cit., pág. 146.

contienen importantes disposiciones sobre testamentos y reservas, y normas complementarias muy detalladas en materia de mejoras; al mejorar puede entregarse una explotación agraria o ganadera. En las leyes XVII a XXIX, inclusive, se hace referencia a las mejoras de tercio y quinto, señalando las personas que pueden realizarlas, las personas a quienes se pueden hacer dichas mejoras y el modo de ejecutarlas.

En concreto la ley XIX de Toro (ley 3ª, tít. VI, lib. V de la Recopilación y ley 3ª, tít. VI, lib. X de la Novísima) versa sobre a la asignación de la mejora de tercio y quinto en cierta parte de los bienes de la herencia y se expresa en los siguientes términos:

“El padre é la madre é abuelos en vida, ó al tiempo de su muerte puedan señalar en cierta cosa, ó parte de su hacienda el tercio e quinto de mejoría en que lo haya el fijo o hijos, ó nietos que ellos mejoraren, con tanto que no esceda el dicho tercio de lo que montare ó valiere la tercia parte de todos sus bienes al tiempo de su muerte; pero mandamos que esta facultad de lo poder señalar el dicho tercio é quinto como dicho

es, que no lo pueda el testador cometer á otra persona alguna”.

LLAMAS Y MOLINA¹⁰¹ en el comentario a la ley XIX de Toro señala que dicha ley incluye tres partes claramente diferenciadas. En la primera se concede a los padres la facultad de señalar en cierta y determinada cosa la mejora de tercio y quinto que hagan a sus hijos. La segunda alude al tiempo en que debe regularse el valor del tercio, señalando el tiempo de la muerte del testador para regular el tiempo de la mejora con respecto a lo que entonces valían los bienes del mismo. En la tercera parte se prohíbe al testador conceder la facultad de señalar el tercio y quinto de mejora en cosa cierta a persona alguna.

En cualquier caso, haciendo uso de la facultad concedida en esta ley se admite la posibilidad de entregar, en concepto de mejora, una explotación agrícola o ganadera y de ahí la importancia para nuestro estudio.

(101) Vid. Comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres leyes de Toro de S. LLAMAS Y MOLINA, Tomo I, Madrid, 1853, págs. 346 y ss.

Por tanto, puede decirse que la mejora tal y como se concibe en las Leyes de Toro es, tal vez, y según indica DE LOS MOZOS¹⁰², la fórmula que mejor se adapta a la conservación de la unidad de la explotación agrícola.

(102) Vid. J. L. DE LOS MOZOS, Propiedad, herencia y división agraria. La sucesión en el Derecho agrario, Madrid, 1977, pág. 9.

D) Codificación: Proyecto de 1851 y Anteproyecto del Código Civil

Siguiendo el hilo cronológico de la evolución legislativa de nuestro país hemos de detenernos en el siguiente hito jurídico: el Proyecto de Código Civil de 1851¹⁰³. El precedente del contenido del actual art. 1056 del Código Civil actual lo encontramos en el art. 899 del Proyecto de Código Civil de 1851, en el cual se establece que:

“cuando el difunto hizo 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.”

Así, cuando el testador hizo por actos inter vivos o mortis causa la partición de sus bienes, se pasará por ella en cuanto no perjudique la legítima de los herederos forzosos. Este precepto se

(103) El Proyecto de 1851 es el propio Código Civil en una fase de gestación. Vid. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888), Madrid, 1965, pág. 26.

relaciona necesariamente con los artículos 660¹⁰⁴ y 661¹⁰⁵ del mismo cuerpo legal, teniendo en cuenta que conforme a lo dispuesto en el artículo 659 *“Lo dejado en testamento se reputará mejora, aun cuando el testador no lo haya expresado”*.

F. GARCÍA GOYENA¹⁰⁶ comenta el art. 899 del Proyecto de Código Civil poniendo de manifiesto que en el Derecho romano la partición hecha por el testador era la más firme¹⁰⁷ y destacando la relación de dicho precepto con el 1225 de la Luisiana¹⁰⁸ y con la ley 10, título 36, libro 3 del Códex, además de las citadas Ley VII, Título I, Partida VI y ley XIX de Toro. Igualmente advierte que cuando los herederos no sean forzosos mal podrán ir contra la voluntad del que los ha favorecido; y si son hijos o

(104) Conforme al art. 660 *“Cuando el mejorante no haya dispuesto otra cosa, toda mejora se sacará del remanente líquido del quinto, y, en lo que no alcanzare, de la parte disponible entre herederos forzosos”*.

(105) Dispone el art. 661 que *“El que hace la mejora puede señalarla en cosa cierta, con tal que el valor de esta no exceda de la medida legal de aquella; pero no podrá cometer el señalamiento a otro alguno, ni aun al mismo mejorado...”*

(106) Vid. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español*, Tomo II, Madrid, 1852, págs. 107.

(107) No se rescindía por la lesión enorme si quedaba salva la legítima. Vid. F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, pág. 263.

(108) No ha lugar a la partición si el difunto lo ha arreglado entre sus herederos legítimos o extraños.

descendientes deben respetar el juicio y la voluntad del padre en cuanto no menoscabe su legítima.

En el marco de la evolución legislativa y dentro del proceso de codificación, tras el Proyecto de 1851, el siguiente texto jurídico de interés para nuestro estudio es el Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888) redactado por la Sección de lo civil¹⁰⁹ de la Comisión de Códigos. Este Anteproyecto constituye, sin duda, uno de los antecedentes más importantes del Código Civil vigente en España y supone una continuación de los trabajos realizados para la elaboración del Proyecto de 1851; de nuevo se pone de manifiesto la idea de continuidad¹¹⁰ como principio básico en la transmisión del saber jurídico.

El Anteproyecto muestra un acusado carácter de hito intermedio o puente entre el Proyecto de 1851 y el Código Civil y llega a considerarse un valioso medio para interpretar muchos de los preceptos de nuestro Código Civil tanto en lo que se refiere a las fuentes que inspiran su redacción como en lo relativo a la intención de sus redactores. En definitiva, no cabe duda de la suma importancia que tiene el Anteproyecto

(109) También conocida como Sección primera de la Comisión de Códigos; Sección que se encarga posteriormente de formular el Código Civil vigente actualmente en nuestro país.

(110) Respecto al principio de continuidad nos remitimos a lo expuesto al inicio del apartado relativo a los antecedentes históricos.

para la interpretación del Código y mejor conocimiento de nuestro Derecho Civil vigente. Aunque existen normas coincidentes entre el Anteproyecto y el Código, lo cierto es que también se aprecian importantes diferencias; algunas reglas del Anteproyecto no pasan al Código y, por el contrario, hay materias del Código que aún no se nombran en el Anteproyecto¹¹¹.

Con el Anteproyecto comienza una nueva etapa del proceso de codificación en la que se retoman los trabajos de redacción del Código Civil que en cierto modo habían quedado paralizados por el Real Decreto de 2 de febrero de 1880. La fecha exacta de reinicio de este esfuerzo codificador es el 21 de marzo de 1881¹¹², día en que tiene lugar en la Sección de lo civil, la sesión en que se discuten las diecisiete bases propuestas por ALONSO MARTÍNEZ¹¹³.

(111) Existen también diferencias en cuanto al número de preceptos (el Anteproyecto resulta ser más extenso), diferencias de redacción (en general es más apretada y elaborada en el Código), diferencias de colocación sistemática de las normas y diferencias de concepto. Cfr. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965, págs. 38 y ss.

(112) Vid. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965, pág. 8.

(113) Presidente de la Sección primera o de lo civil de la Comisión de Códigos desde el 30 de septiembre de 1878. Ministro de Gracia y Justicia hasta principios de 1884, siendo relevado

Aproximadamente un año más tarde¹¹⁴, ALONSO MARTÍNEZ presenta a las Cortes el Título Preliminar y los Libros I y II¹¹⁵ para su deliberación. A partir de entonces los esfuerzos codificadores se centran en la redacción de los Libros III y IV, redacción que ha de efectuarse conforme a lo dispuesto al efecto en el Real Decreto de 23 de septiembre de 1882, es decir, con sometimiento a examen y discusión de la Comisión general de codificación en pleno¹¹⁶. A estas sesiones plenarias asisten, en calidad de vocales, representantes de las distintas regiones forales. Según señala ALONSO MARTÍNEZ¹¹⁷ es en materia de sucesiones y contratos donde el particularismo de las regiones forales opone fuertes obstáculos a la unidad legislativa de nuestra patria.

en el cargo por Francisco Silvela. A finales de 1885, Alonso Martínez es nombrado nuevamente ministro, en sustitución de Francisco Silvela.

(114) La fecha exacta es 24 de abril de 1882. Vid. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965, pág. 8.

(115) El título preliminar y los dos primeros Libros del Anteproyecto coinciden con el Proyecto de 1882. Sobre datos más directos de esta coincidencia, vid. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965, pág. 9 y ss.

(116) Esta idea de someter el Código al pleno queda también recogida en el art. 2 de la Ley de Bases de 1888. Vid. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965, pág. 11, nota 14.

(117) Referencia a ALONSO MARTÍNEZ, *El Código...*, tomo I, págs. 6 y 7 en M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965, pág. 12, nota 16.

En la elaboración del texto del Anteproyecto se distinguen claramente dos tipos de fuentes: por un lado, las que influyen en la redacción del texto coincidente con el contenido del Proyecto de 1882, es decir, con el título preliminar y los Libros I y II, y, por otro lado, las que influyen en la elaboración de los Libros III y IV.

Entre las primeras se incluyen, el Proyecto de 1851 y ciertas leyes civiles especiales que se dictaron con posterioridad¹¹⁸ En cuanto a las segundas, señalar que son citadas en el propio Anteproyecto, tras cada artículo y, en general, pueden englobarse en dos categorías distintas, según se trate de fuentes españolas o extranjeras. Dentro de las fuentes españolas encontramos, junto al Proyecto de 1851, referencias a textos históricos¹¹⁹ y a la legislación contemporánea¹²⁰. Una Ley especial citada frecuentemente en el Anteproyecto y declarada expresamente vigente por el mismo, es la Ley Hipotecaria de 1869. Respecto a las fuentes extranjeras, en el Anteproyecto, siguiendo las Concordancias de GARCÍA

(118) Ley del Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870, Ley del Registro Civil de 17 de junio de 1870 y Ley de Aguas (1866-1879), entre otras.

(119) Fuero Real, Partidas y Leyes de Toro.

(120) Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881, Código de Comercio de 22 de agosto de 1885, entre otras.

GOYENA, se citan con frecuencia diversos Códigos¹²¹, algunos de los cuales, tuvieron influencia, en su momento, en la elaboración del Proyecto de 1851. También se mencionan Códigos de países hispánicos¹²², cuya redacción, a su vez, estuvo influenciada por nuestro Proyecto de 1851.

El 30 de abril de 1888 el Anteproyecto estaba acabado y mediante Real Orden de la misma fecha se invita a todos los miembros de la Comisión de Códigos a formular las observaciones que consideren oportunas en relación al mismo. La Real Orden de gracias de 8 de diciembre de 1888 enuncia las personas que formaron parte de la Sección de lo civil encargada de su redacción, con ALONSO MARTÍNEZ¹²³ al frente.

(121) Código francés o de Napoleón de 21 de marzo de 1804, Código del Cantón de Vaud de 11 de junio de 1819, Código de Luisiana de 12 de abril de 1824, Código de Holanda de 10 de abril de 1838, Derecho Territorial Bávaro de 1756, Código Prusiano o Derecho Territorial General de los Estados Prusianos de 5 de febrero de 1794, Código austríaco de 26 de abril de 1811, Código italiano de 25 de junio de 1865 (el más citado en el Anteproyecto), y Baviera. Vid. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965, págs. 32 y ss.

(122) Código de Méjico, Código de Portugal, Código de Chile, Código de Argentina, Código de Uruguay, Código de Guatemala; enumerados según la mayor frecuencia con que son citados en el Anteproyecto. Vid. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965, pág. 35.

(123) Desde 1881 y hasta la redacción definitiva del Código, junto a ALONSO MARTÍNEZ colaboraron, entre otros, ALBACETE, GAMAZO, FRANCISCO DE CÁRDENAS, IGÓN, MANRESA, BENITO GUTIÉRREZ, FRANCISCO SILVELA, ISASA, Y GARCÍA GOYENA. Cfr. M. PEÑA

El Anteproyecto consta de un total de 2.017 artículos¹²⁴ distribuidos en cuatro libros a los que precede un título preliminar. Los libros III y IV del Anteproyecto, que abarcan los artículos 606 al final, se consideran poco divulgados, desconocidos o confundidos¹²⁵ por la doctrina, a diferencia del título preliminar y los dos primeros Libros¹²⁶, es decir, de los primeros 605 artículos, que fueron objeto de una mayor publicidad dado que además de la edición del Ministerio, la *Revista de los Tribunales* publicó dos ediciones más en el año 1886.

El Libro III lleva por rúbrica “*De los diferentes modos de adquirir la propiedad*” y está integrado por tres títulos, relativos, respectivamente, a la ocupación, la donación y las sucesiones. El Título III “*De las sucesiones*”¹²⁷, que comienza con una serie de disposiciones generales, comprende tres capítulos: “*De la sucesión testamentaria*”, “*De la sucesión*

BERNALDO DE QUIRÓS, El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888), Madrid, 1965, págs. 21 y ss.

(124) De los 2.017 artículos, aparecen numerados correlativamente desde el artículo 1 hasta el artículo 1.568. Vid. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888), Madrid, 1965, pág. 595

(125) Cfr. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888), Madrid, 1965, pág. 7 y 18.

(126) Coincidentes con el Proyecto de 1882.

(127) Se divide en tres grandes apartados, al igual que el Proyecto de 1851.

intestada” y “*Disposiciones comunes a las herencias por testamento y sin él*”. El capítulo III abarca los artículos 968 a 1104, los cuales se distribuyen en seis secciones y dentro de la última de ellas¹²⁸ encontramos el artículo 1073¹²⁹, que se refiere a la materia cuyo estudio nos ocupa y que comienza diciendo que¹³⁰:

“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”.

Este primer párrafo del artículo 1073 del Anteproyecto reproduce, casi íntegramente, el contenido del artículo 899 del Proyecto de Código Civil de 1851, con la única peculiaridad de que el término difunto es sustituido por el de testador. Hace referencia a la partición efectuada por

(128) Sección sexta “*De la colación y partición*”.

(129) Artículo redactado por la Sección de lo civil de la Comisión de Códigos según aparece en la última versión impresa, es decir, en la inmediatamente anterior a la que se aprobó como Código.

(130) Vid. M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965, pág. 332 y M. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *El Anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, Madrid, 2006, págs. 325 y 326. También en este sentido, J. L. DE LOS MOZOS, *El Código Civil. Debates parlamentarios (1885-1889)*, Madrid, 1989.

el testador a la cual atribuye fuerza vinculante y carácter imperativo para los herederos pero respetando siempre el principio de intangibilidad de la legítima proclamado en el artículo 791 del Anteproyecto¹³¹ el cual se expresa en los siguientes términos:

“Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos”.

Por tanto, respetando el derecho que otorga la ley a los herederos forzosos, al testador se le concede la facultad de realizar la partición por sí mismo y para ello dispone de una doble vía, es decir, puede hacer la partición *“por actos entre vivos o por última voluntad”*. El testador puede llevar a cabo la partición no sólo por las solemnidades necesarias para testar, sino también mediante una declaración de voluntad emitida a través de un acto *inter vivos*. En este último caso, para que el acto *inter vivos* se considere eficaz se requiere la existencia de un testamento¹³²

(131) Sustituye al artículo 640 del Proyecto de 1851 en el que se establecía que *“Llámanse herederos forzosos aquellos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto cierta porción de que no puede privarlos sin causa justa y probada de desheredación. La porción reservada se llama legítima”*.

(132) Puede ser un testamento anterior, simultáneo o posterior al acto de partición.

que le sirva de fundamento. Este requisito es admitido por la doctrina y la jurisprudencia¹³³ según veremos con más detalle al abordar el estudio de los criterios jurisprudenciales.

El párrafo segundo del artículo 1073 del Anteproyecto reza lo siguiente:

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

Nos encontramos ante el precedente más inmediato de la norma contenida en el art. 1056.2º de nuestro actual Código Civil. La facultad a que se refiere este precepto es la partición del testador hecha por acto entre vivos o de última voluntad mencionada en el primer apartado del mismo artículo en los términos anteriormente expresados. El estudio detallado de este precepto se efectuará en el siguiente apartado al analizar la exégesis de la norma.

(133) Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1945 (RJ 1945/272), entre otras.

Tras el Anteproyecto llega el esperado Código Civil. El artículo 1073 del Anteproyecto coincide exactamente en todo su contenido con el artículo 1056 del Código Civil cuya publicación e inserción en la Gaceta de Madrid se efectúa en virtud del mandato recogido en el Real Decreto de 24 de julio de 1889. El tenor literal de la norma codificada establece lo siguiente:

“1. 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.

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

La ratio legis de la norma contenida en el párrafo segundo del artículo 1056 no plantea ninguna duda y tiene por objeto la continuidad de una explotación agrícola, industrial o fabril cuyo valor sufriría un grave

perjuicio en caso de proceder a su división; la *ratio legis* del precepto consiste en garantizar la continuación de la actividad que, mediante la existencia de la explotación, venía desempeñando el causante. La norma codificada parte del presupuesto de que la explotación (agraria, industrial o fabril) se encuentre “viva”¹³⁴ y no represente simplemente la adición de un conjunto de bienes.

El profesor LACRUZ¹³⁵ expresa su opinión respecto a la ubicación del precepto señalando que “se halla aquí desplazado: su lugar propio es el capítulo de las legítimas¹³⁶, materia en la que aportó a la regla de que la legítima debía pagarse precisamente en bienes relictos, una excepción”. Sin embargo, estas críticas pierden su fuerza desde el momento en que la Ley 11/1981, de 13 de mayo, modificando el sistema hasta entonces vigente, convirtió en regla relativamente común la

(134) Vid. B. JORDANO BAREA, “Dictamen sobre el abuso de la facultad prevista en el párrafo 2º del artículo 1.056 del Código Civil y otras cuestiones”, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XVII, octubre-diciembre 1964, págs. 941 y ss.

(135) Cfr. J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, V. Derecho de sucesiones, Zaragoza, 1993, pág. 151. También J.L. LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho civil*, V. Sucesiones, Madrid, 2004, pág. 136

(136) Sección quinta “De las legítimas” del capítulo segundo “De la herencia” del mismo título tercero “De las sucesiones” del libro tercero “De los diferentes modos de adquirir la propiedad” (artículos 806 a 822) del Código Civil.

posibilidad de pago en metálico de las legítimas a quienes tuvieran derecho a ellas. Antes de la promulgación de la citada Ley de 13 de Mayo de 1981 y por tanto, antes de la regulación del “pago de la porción hereditaria en casos especiales” contenida en los artículos 841 a 847 del Código Civil, la legítima por regla general y fuera de ciertos casos¹³⁷ singulares y predeterminados es concebida en el artículo 806 como pars bonorum, y no como pars valoris bonorum. El párrafo segundo del artículo 1056 constituye una hipótesis excepcional del principio de intangibilidad cualitativa de la legítima.

Además la norma contenida en el precepto que estamos estudiando fue objeto de diversas críticas en el momento posterior a su promulgación por considerar que al beneficiar a uno de los hijos legitimarios, los demás quedaban relegados a meros acreedores del importe en metálico que en cada caso les correspondiera.

Para concluir este epígrafe de nuestro estudio hemos de afirmar con F. DE CASTRO¹³⁸ que el Derecho civil se ha ido formando a través de la tradición histórica; lo que conllevará una inevitable continuidad en el desarrollo del Derecho romano y de la tradición jurídica germánica; así

(137) Los contemplados en los artículos 829, 839, 840, 1056 y 1062 del Código Civil.

(138) Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO, Derecho Civil de España, Madrid, 1949.

como del Derecho histórico español. Esto como han puesto de relieve H. TIHME¹³⁹ y J. L. DE LOS MOZOS¹⁴⁰ no afectará exclusivamente a los contenidos concretos del caudal normativo, sino a algo más importante, a una actitud común y uniforme desenvuelta por los juristas de Europa occidental y de algunos países hispanoamericanos, en el modo de afrontar y resolver los problemas jurídicos concretos.

En cualquier tratamiento dogmático y jurisprudencial de las Instituciones del Derecho Civil deberá siempre acompañarse una adecuada caracterización de la formación histórica de las mismas; lo cual nos permite apreciar la continuidad de la tradición histórica, y también servirá como criterio de interpretación¹⁴¹.

(139) Vid. H. TIHME, *Kontinuitat-Discontinuitat in der Sicht der Rechtgeschichte*, Darmstad, 1973, pág. 50 y ss.

(140) Cfr. J. L. DE LOS MOZOS, *Derecho civil español*, I, Salamanca, 1977, pág. 57 y ss.

(141) Vid. E. BETTI, *Teoria generale de la interpretazione*, Milano, 1956, págs. 390 y ss. y 434 y ss. También KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano*, trad. Madrid, 1951, tomado de la cita de F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Gottingen, 1967, pág. 13 y ss.

CAPÍTULO II

EL ARTÍCULO 1056.2 DEL CÓDIGO CIVIL:

EXÉGESIS DE LA NORMA

El artículo 1056 de nuestro Código Civil se halla inserto dentro del libro tercero: “De los diferentes modos de adquirir la propiedad”, título tercero: “De las sucesiones”, capítulo sexto: “De la colación y partición”, sección segunda: “De la partición”.

El mencionado precepto, el único que regula expresamente en qué consiste y cómo debe llevarse a cabo la partición realizada por el testador, consta de dos párrafos, el segundo de los cuales¹ es el que a nosotros nos interesa analizar.

La partición efectuada por el propio testador goza de un régimen especial en comparación con las restantes formas de partición. Para el profesor LASARTE ÁLVAREZ² esa especialidad se concreta en tres razones

(1) Introducido por el Anteproyecto 1882-1888, en su artículo 1073, constituyendo una novedad en nuestro Derecho Común.

fundamentales, a saber: no existe una verdadera situación de comunidad hereditaria, el testador no se encuentra vinculado por la obligación de procurar la igualdad de los lotes prevista en el artículo 1061 del Código Civil y se diluye la obligación de evicción y saneamiento entre los coherederos conforme a lo establecido en el artículo 1070.1 del mismo cuerpo legal.

La redacción originaria³ del artículo 1056 del Código Civil permanece inalterada más de cien años⁴. Durante este periodo surgen diversas cuestiones e interrogantes en relación con determinados aspectos de su contenido. ¿Es posible aplicar el artículo 1056.2 para conservar indivisa una explotación que no sea agrícola, industrial o fabril? ¿Puede aplicarse la facultad reconocida en dicho precepto a cualquier

(2) Cfr. C. LASARTE ÁLVAREZ, Derecho de sucesiones. Principios de Derecho civil, tomo séptimo, Madrid, 2014, pág. 311.

(3) “1. 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.

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

(4) Desde 1889 hasta 2003, en concreto hasta que se dicta la Ley 7/2003, de 1 de abril, de sociedad limitada Nueva Empresa que modifica el párrafo segundo.

causante respecto de sus legitimarios o debe aplicarse sólo al padre respecto de sus hijos? ¿Qué se entiende por interés de la familia? ¿Ha de hacerse necesariamente el pago de la legítima con metálico hereditario o se admite el pago con efectivo extrahereditario? ¿Debe efectuarse el pago de la legítima en un solo momento o cabe el aplazamiento en el pago? ¿Qué garantías tienen quienes reciben su legítima en dinero? ¿Qué sucede en caso de impago de la legítima? ¿Pueden los legitimarios impagados dejar sin efecto las adjudicaciones inicialmente realizadas?

Estos y otros problemas son los que se plantean a la luz del texto primitivo del párrafo segundo del artículo 1056 y que en cierto modo podría decirse que, en parte, han quedado resueltos tras la promulgación de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de sociedad limitada Nueva Empresa⁵ que da una nueva redacción al precepto que estamos estudiando.

En la disposición final primera de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de sociedad limitada Nueva Empresa por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada⁶, se

(5) BOE núm. 79, de 2 de abril de 2003.

(6) Ley posteriormente derogada mediante Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, publicado en BOE núm. 161, de 3 de julio de 2010.

modifican tres preceptos del Código Civil⁷. Además del párrafo segundo del artículo 1056 que ahora veremos, se introducen variaciones en el contenido del párrafo segundo del artículo 1271 y en el artículo 1406.2º. Con SANCHEZ-CRESPO⁸ podemos decir que fruto de las reformas mencionadas, mejoran tres aspectos fundamentales en la vida de las empresas familiares, a saber: los relacionados con la legítima y la conservación de la empresa (artículo 1056 párrafo segundo), los pactos sucesorios de carácter particional (artículo 1271 párrafo segundo) y la denominada adjudicación preferencial legal (artículo 1406.2º) que en el caso de personas casadas en régimen de sociedad de gananciales facilita, tras la disolución de la misma, la continuidad de la propiedad de la explotación económica en manos del cónyuge que la gestione.

El párrafo segundo del artículo 1056 en su nueva redacción se expresa en los siguientes términos:

(7) FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA manifiesta perplejidad ante el hecho de que la modificación del Código Civil se lleve a cabo en virtud de ley mercantil. Vid. A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, Transmisión *mortis causa* de la condición de socio. Un estudio en la sociedad limitada familiar, Navarra, 2008, pág. 258.

(8) Vid. A.J. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, “El protocolo familiar como instrumento para gestionar el cambio generacional”, en Revista jurídica general, Boletín ICAM núm. 27, Madrid, 2003, págs. 132 y 133.

“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 éstas 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 éste 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.”

Para una adecuada comprensión del fundamento básico que inspira la modificación introducida por la Ley 7/2003, nada mejor que acudir a su Exposición de Motivos⁹ en la cual se indica que “*se introducen modificaciones en el Código Civil vigente en tres aspectos puntuales en los que se ordenan las relaciones entre los miembros de una familia y la sucesión de la unidad productiva...*”.

Los tres aspectos o problemas a los que se intenta dar solución son, en palabras de RUEDA ESTEBAN¹⁰, las dificultades de financiación de las empresas, la pérdida del control de la gestión por los socios como consecuencia de la partición hereditaria y la supervivencia de la sociedad derivada de la sucesión generacional. De forma similar PALAZÓN

(9) En muchas ocasiones, lo más importante de las disposiciones legales no es el articulado en sí mismo de la Ley sino las razones que lo motivan y justifican.

(10) Vid. L. RUEDA ESTEBAN, La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil: auténtica fiducia sucesoria en Derecho Civil Común, Madrid, 2014, pág. 697.

GARRIDO¹¹ enumera los tres problemas que la citada Ley intenta resolver, poniendo de manifiesto las dos esferas o vertientes de la reforma: la civil y la societaria.

En el ámbito civil, la Ley 7/2003 introduce “por la puerta trasera”, como declara PALAZÓN GARRIDO¹², importantes reformas en el Código Civil. Siguiendo a FERNÁNDEZ-TRESGUERRES¹³, diremos que esta reforma civil afecta a dos materias concretas: por un lado, la que se traduce en una flexibilización de las normas particionales¹⁴ y a través de ellas incide en la naturaleza pars bonorum de la legítima, y por otro lado, la que se refiere a la predetracción por uno de los cónyuges de bienes gananciales en caso de fallecimiento de su consorte con la consiguiente liquidación de la sociedad conyugal. La primera se materializa en la nueva redacción dada al párrafo segundo de los artículos 1056 y 1271 y la segunda se concreta en la modificación introducida en el artículo 1406.2º.

(11) Cfr. M. L. PALAZÓN GARRIDO, “La conservación de la empresa familiar a través de la facultad contemplada por el nuevo artículo 1056 párrafo segundo del Código Civil”, en Protección del patrimonio familiar (dir. F. J. SÁNCHEZ CALERO y R. GARCÍA PÉREZ), Valencia, 2006, pág. 310.

(12) Vid. Cita anterior.

(13) Vid. A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, Transmisión *mortis causa* de la condición de socio. Un estudio en la sociedad limitada familiar, Op. cit., pág. 133.

(14) Partición por el propio testador y contratos sobre la herencia futura.

Señala también la propia Exposición de Motivos de la Ley 7/2003, de 1 de abril, que *“estas modificaciones, aplicables exclusivamente al territorio común, que se rige por el Código Civil, conforme al artículo 149.1.8º de la Constitución española¹⁵, se realizan atendiendo, además, a un criterio integrador del ordenamiento privado en el conjunto de las legislaciones civiles del Estado”*. En este sentido la disposición final cuarta de la Ley establece que ésta se dicta al amparo, entre otros, del *artículo 149.1.8º de la Constitución*, siendo por ello aplicable sólo a los territorios de Derecho común, aunque se sitúe en una ley mercantil que por su naturaleza es competencia estatal (*artículo 149.1.6º de la Constitución*), y por tanto, de aplicación general en todo el territorio nacional y no sólo en el ámbito del Derecho común.

En cualquier caso, con esta reforma se intenta aproximar la legislación civil común a la legislación foral, que es más flexible en la regulación de la materia cuyo estudio nos ocupa. No obstante, esta aproximación ya se había producido someramente con la redacción

(15) De acuerdo con el art. 149.1. 8º, corresponde al Estado la competencia exclusiva en materia de legislación civil. Una competencia que, sin embargo, se entiende “sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”.

originaria del párrafo segundo del artículo 1056 pues tal y como señala LASARTE¹⁶ “en algún escrito de ALONSO MARTÍNEZ se pone de manifiesto que los codificadores, al introducir el segundo párrafo del artículo 1056, rindieron tributo a algunas legislaciones forales, tratando de conseguir una aproximación a ellas e incorporando al Derecho común una norma que garantizara la continuidad de las explotaciones”.

No cabe duda de que la finalidad de la Ley 7/2003, aunque no explícita, es facilitar la sucesión mortis causa de la empresa familiar para lo cual se crean, según recoge la Exposición de Motivos de la Ley, “instrumentos que permitan diseñar, en vida del emprendedor, la sucesión más adecuada de la empresa en todas sus posibles configuraciones: societarias, individual, etc., atendiendo además a un criterio integrador del ordenamiento privado del conjunto de las legislaciones civiles del Estado”.

Del estudio comparativo de la nueva redacción del párrafo segundo del artículo 1056 con la redacción anterior, teniendo en cuenta las

(16) Vid. C. LASARTE ÁLVAREZ, Principios de Derecho civil, tomo séptimo. Derecho de sucesiones, Madrid, 1998, pág. 403. También C. LASARTE ÁLVAREZ, Derecho de sucesiones. Principios de Derecho civil, tomo séptimo, Madrid, 2014, pág. 313.

consideraciones de PEINADO RUANO¹⁷ y de LASARTE¹⁸, se observa, a primera vista, que la reforma se concreta en los siguientes aspectos:

- En relación con el sujeto activo o persona a quien se atribuye la facultad de realizar por sí misma la partición, se sustituye la palabra “padre” por la de “testador”. De esta manera se abre el abanico de las personas que pueden realizar por sí mismas la partición.
- En cuanto a la causa o móvil que justifica el uso de la facultad prevista en el párrafo segundo del artículo 1056, se sustituye la expresión “conservar indivisa una explotación agraria, industrial o fabril” por la de “preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas”. La explotación cuya continuidad constituye la ratio legis de la norma es ahora simplemente “económica”, sin mayores adjetivos. Es, por tanto, un concepto más amplio pues incluye

(17) Cfr. J. PEINADO RUANO, “La transmisión *mortis causa* de la empresa mercantil” conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 10 de abril de 2003, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, Tomo XLIII, págs. 420 y 421.

(18) Vid. C. LASARTE, Derecho de sucesiones. Principios de Derecho civil, tomo séptimo, Op. cit., pág. 314.

explotaciones de cualquier tipo, no sólo agrarias, industriales o fabriles.

- En lo que se refiere a las personas a quienes ha de efectuarse el pago de la legítima en metálico, se sustituye el término “hijos” por el de “interesados”. Esta modificación tiene su causa y origen en el primero de los aspectos mencionados; es coherente y congruente con aquel. Al abandonar la exclusiva referencia a los hijos, queda claro que la norma amplía su ámbito en cuanto a la computación de la legítima y alude ahora a los “demás interesados”, también nietos, por tanto.
- Para realizar el pago de la legítima se admite la posibilidad de emplear “efectivo extrahereditario”. Además se permite al testador o al contador-partidor por él designado aplazar el pago de la legítima por un periodo máximo de cinco años a contar desde el fallecimiento del causante. La posibilidad de aplazamiento del pago y el establecimiento de un plazo máximo de cinco años para efectuar el pago completo de la legítima supone una considerable extensión del límite temporal hasta entonces aplicable para el cumplimiento de la obligación de pago de la legítima en supuestos especiales (comunicación a

los perceptores en el plazo de un año¹⁹ y pago en el plazo de otro año más).

- Cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia en el caso en que no se hubiere establecido la forma de pago de la misma.
- No se requerirá la confirmación de todos los hijos o descendientes (o, en su defecto, la aprobación judicial) prevista en el artículo 843²⁰ del Código Civil, pues tal precepto resulta inaplicable a la partición hecha por el testador.
- Tampoco será de aplicación el párrafo primero del artículo 844²¹ del Código Civil que se refiere a los plazos de comunicación (un año) y de pago en metálico (un año, salvo pacto en contrario) y a las garantías legales correspondientes. Es lógico que no se aplique el plazo de comunicación al supuesto previsto en el

(19) El plazo comienza a contarse desde la apertura de la sucesión.

(20) Artículo 843 del Código Civil. “Salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes, la partición a que se refieren los dos artículos anteriores requerirá aprobación judicial”.

(21) Artículo 844.1 del Código Civil. “La decisión de pago en metálico no producirá efectos si no se comunica a los perceptores en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión. El pago deberá hacerse en el plazo de otro año más, salvo pacto en contrario. Corresponderán al perceptor de la cantidad las garantías legales establecidas para el legatario de cantidad”.

párrafo segundo del artículo 1056 pues no hay ninguna comunicación que hacer, dado que, en tal caso y a diferencia del sistema establecido en los artículos 841 y siguientes²², el pago en metálico de la legítima tiene carácter imperativo para el heredero adjudicatario de la explotación económica. Para efectuar el pago tampoco rige el plazo de un año establecido en el artículo 844.1 pues el propio artículo 1056.2 hace referencia a ese plazo que podrá ser fijado por el propio testador (o por el contador-partidor por él designado) sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años.

(22) La posibilidad de pagar en metálico la legítima conforme a la regulación contenida en los artículos 841 y ss. del Código Civil se configura, como una facultad (no como una carga) de los hijos o descendientes llamados “en principio” a quedarse con los bienes hereditarios. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 842, basta que cualquiera de ellos se oponga para que la legítima deba satisfacerse en bienes hereditarios y no en metálico. De ahí la necesidad de establecer un plazo máximo para comunicar a los perceptores la decisión de hacer uso o no de tal facultad.

El supuesto fáctico que contiene la norma que estamos estudiando es el siguiente:

A) Significado de la “conservación” de la empresa familiar

El término “conservación” se incorpora al actual artículo 1056 del Código Civil²³ en el Anteproyecto 1882-1888. El proyecto de 1851, según hemos visto anteriormente, no hacía ninguna referencia a la idea que subyace en el fondo de dicho precepto y que no es otra que la finalidad última de la facultad que se concede al testador de hacer él mismo la partición de la herencia con el objeto de dar continuidad a la empresa familiar.

(23) Vid. J. VALLET DE GOYTISOLO, comentario al art. 1056 en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales (dir. M. ALBALADEJO), Tomo XIV, Vol.2, Madrid, 1989. A. DOMÍNGUEZ LUELMO, comentario al art. 1056 en Comentarios al Código Civil (dir. DOMÍNGUEZ LUELMO), Valladolid, 2010. M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, comentarios al Código Civil, Tomo VI (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), Valencia, 2013. F. J. FERNÁNDEZ URZAINQUI, Código Civil. Concordancias, notas y jurisprudencia, Navarra, 2008. M.C. GETE-ALONSO Y CALERA, Tratado de Derecho de Sucesiones, Tomo II, Pamplona, 2011. J. M. MANRESA Y NAVARRO, Comentarios al Código Civil español, Madrid, 1987. O. MORENO GIL, Código Civil y jurisprudencia concordada, Madrid, 2006. X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Código Civil comentado y jurisprudencia, Madrid, 2012. M. PASCUAL LIAÑO, Jurisprudencia civil comentada. Código Civil, Granada, 2009. A. SALAS CARCELLER, Código Civil. Comentarios y jurisprudencia II, Madrid, 2009.

En su origen y hasta la modificación introducida en el Código Civil por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de sociedad limitada Nueva Empresa, la alusión a la empresa familiar queda recogida en la redacción del artículo 1056.2º en los siguientes términos “...*que en interés de su familia quiera conservar indivisa...*”. De tal redacción se deduce el carácter esencial e imprescindible de ser “interés de la familia” para poder hacer uso de la facultad concedida en el art. 1056.2º. Se trata, por tanto, de una justificación objetiva basada en un único criterio o requisito.

En relación con la primera redacción dada al artículo 1056.2º, tal y como señala VALLET DE GOYTISOLO²⁴, habría que tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Mayo de 1951²⁵ según la cual la voluntad del padre testador de que se mantenga indivisa la explotación familiar no necesita más fundamento que esa voluntad.

Sin embargo, tras la modificación introducida por la citada Ley 7/2003, de 1 de abril, en la nueva redacción del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil, ya no es único dicho criterio, sino que es

(24) Vid. J. VALLET DE GOYTISOLO, Op. cit., pag. 160.

(25) Posteriormente ahondaremos en el contenido de esta sentencia al tratar en profundidad los criterios jurisprudenciales relacionados con la materia que estamos analizando.

uno de entre dos alternativos, a saber, la conservación de la empresa o el interés de la familia. El nuevo párrafo segundo del artículo 1056 a estos efectos proclama: “...que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia...”. Hoy en día son dos los motivos por los cuales el testador puede acogerse a la facultad de hacer por sí mismo la partición. Basta que concurra uno de ellos para poder hacer uso de esa facultad, pues al enunciarlos el legislador ha optado por el uso de una conjunción disyuntiva²⁶, con la consiguiente ampliación de las posibilidades de aplicación del artículo 1056.2. A estos efectos, CREMADES GARCÍA²⁷ plantea la posibilidad de que exista una relación de subordinación entre ambos motivos, de manera que si el testador opta por la conservación indivisa de la empresa adjudicándola²⁸ a uno de los herederos legitimarios o incluso a un tercero es porque considera que así lo exige el interés de la familia. RUEDA ESTEBAN²⁹ por su parte, considera

(26) Adviértase la importancia de emplear una conjunción disyuntiva y no copulativa, lo que hubiera cerrado la posibilidad de hacer la partición de tal manera que quien conserve la empresa sea una tercera persona ajena a la familia.

(27) Cfr. P. CREMADES GARCÍA, *Sucesión mortis causa de la empresa familiar: la alternativa de los pactos sucesorios*, Madrid, 2014, pág. 56.

(28) O adjudicando el control de la sociedad o grupo de sociedades.

(29) En palabras de L. RUEDA ESTEBAN “la conservación de la empresa (a diferencia del interés familiar) es algo tan subjetivo, como que sencillamente lo desee el testador (...). No obstante, habrá quien considere (criterio que debe respetarse) que la conservación de la

que el criterio objetivo (el interés de la familia) de la vieja redacción del artículo 1056.2 da paso, con la modificación introducida por la Ley 7/2003, de 1 de abril, a un criterio de carácter subjetivo. Para MILLÁN SALAS³⁰ la voluntad del testador de conservar indivisa una explotación económica presupone el interés de la familia de manera que el criterio de “en interés de la familia” lleva implícito el de “la conservación de la empresa”, este último independiente del anterior, lo cual justificaría que el testador pueda realizar la partición adjudicando la explotación a un tercero extraño al vínculo familiar y por tanto, no legitimario.

En cualquier caso, lo cierto es que teniendo en cuenta la legislación actual, el testador podrá hacer la partición de sus bienes atendiendo sólo a la conservación de la empresa y no al interés de su familia, en cuyo caso podrá realizar dicha partición adjudicando la empresa a un extraño, es decir, a un tercero, heredero no legitimario, sin derecho a percibir la legítima.

empresa es una situación objetiva que atiende a criterios económicos”. Vid. L. RUEDA ESTEBAN, La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil: auténtica fiducia sucesoria en Derecho Civil Común, Op. cit., pág. 700.

(30) Vid. F. MILLÁN SALAS, La partición hecha por el testador al amparo del artículo 1056.2 del Código Civil, Actualidad Civil, nº 45-46, 1 al 14 de diciembre de 2003.

Llegados a este punto es importante precisar el significado de los conceptos que hemos venido mencionando en relación con la conservación de la empresa y el interés familiar, así como la trascendencia y especial importancia de la empresa familiar en la actualidad.

El legislador no expresa qué se entiende por interés de la familia ni en el artículo 1056 del Código Civil ni en ninguno de los demás preceptos que aluden a este mismo concepto, tales como los artículos 67, 70, 82.4, 103.2 y 1389 del mismo cuerpo legal.

La doctrina no aborda con unanimidad el alcance o significado de este concepto. Para F. MILLÁN³¹ “el interés de la familia” es un concepto subjetivo desde el punto de vista del testador. En relación con la primera redacción del artículo 1056, es decir, la anterior a la operada por la Ley 7/2003, DE LA CÁMARA³² considera que interés familiar es el deseo del testador de que la explotación se mantenga dentro de la familia, evitando

(31) Cfr. F. MILLÁN SALAS, Op. cit., pág. 1181.

(32) Vid. L. RUEDA ESTEBAN, citando a M. DE LA CÁMARA, “La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil” en, El Patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos (dir. M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL), Tomo IV, Barcelona, 2005, pág. 216.

la división. Sin embargo, para DIEZ PICAZO³³ el interés de la familia no es el deseo mayoritario de ésta de permanecer en la indivisión sino el interés en la conservación de la empresa.

Es indudable que el estudio de la empresa familiar suscita gran interés para la economía³⁴, el derecho, la sociología y la ética³⁵. El carácter multidisciplinar de la empresa familiar es indiscutible. El concepto de empresa familiar engloba dos términos independientes con sustantividad propia, a saber, empresa y familia. El primero se rige por el principio económico de búsqueda y obtención de beneficio mientras que el segundo se rige por la idea de solidaridad, lealtad y afecto; produciéndose así una íntima conexión entre tres ámbitos interrelacionados, a saber, empresa, propiedad y familia. La separación

(33) Cfr. J.L. DIEZ PICAZO, Fundamentos de derecho civil patrimonial, Tomo III, Madrid, 1995.

(34) Las empresas familiares constituyen el sostén del empleo y de la riqueza nacional. Vid. “Guía para la pequeña y mediana empresa familiar”, Publicaciones del Ministerio de Economía, 2004.

(35) Los valores de cada empresa familiar están íntimamente relacionados con los valores propios de la familia propietaria. Para entender mejor la estructura y el futuro de una empresa familiar conviene tener previamente un adecuado conocimiento de la historia y la cultura de la familia propietaria. La doctrina norteamericana ha destacado la importancia de los valores defendidos por las empresas familiares y su influencia en la gestión de las mismas.

delimitada de los roles de estos tres ámbitos³⁶, regidos por criterios, valores, organización y funcionamiento diferentes, no es tarea fácil y sin embargo es una labor necesaria para la buena gestión de la empresa y para garantizar la unidad familiar y asegurar la conservación y continuidad de la empresa familiar.

Como punto de partida para delimitar el concepto unitario de empresa familiar, se reconoce que existe una gran dificultad para definir por separado ambos términos: empresa y familia.

Nuestro ordenamiento jurídico contiene referencias al concepto de empresa, fundamentalmente a efectos fiscales y laborales. El concepto de empresa familiar no ha sido delimitado desde el punto de vista de la legislación, salvo en el ámbito fiscal³⁷. Es cierto, como defienden algunos autores, que no corresponde al legislador definir las instituciones sino

(36) Es importante no confundir propiedad con gestión, ni con el carácter de miembro de la familia. Más adelante volveremos a tratar estos conceptos.

(37) La normativa fiscal pone de relieve la diferente configuración de la empresa familiar respecto al resto de empresas y tiende a potenciar la continuidad de las mismas mediante un tratamiento fiscal muy favorable en lo que se refiere a la transmisión de la empresa de generación en generación y a la tenencia de su patrimonio. Vid. M. ROCA LÓPEZ, Principales beneficios fiscales para la empresa familiar. Fiscalidad para el empresario familiar, Valencia, 2000.

regularlas, pero también es cierto que el ordenamiento jurídico español carece de una auténtica regulación positiva que desarrolle el concepto de empresa familiar. En Italia el Código Civil define y regula la empresa familiar en el artículo 230 bis³⁸ en su redacción dada por la modificación introducida en dicho precepto en virtud del artículo 89 de la Ley 151/1975, de 19 de mayo.

Desde el punto de vista doctrinal no existe unanimidad a la hora de definir el concepto de empresa; son numerosas y variadas las definiciones aportadas por los mercantilistas a la hora de tratar de determinar qué se entiende por empresa. En realidad el concepto de empresa ha ido evolucionando a lo largo del tiempo llegando a identificarse con la

(38) Articolo 230 bis del *Codice Civile* italiano. *Impresa familiare*. “Salvo che configurabile un diverso rapporto, il familiare che presta in modo continuativo la sua attività di lavoro nella famiglia o nell'impresa familiare ha diritto al mantenimento secondo la condizione patrimoniale della famiglia e partecipa agli utili dell'impresa familiare ed ai beni acquistati con essi nonché agli incrementi dell'azienda, anche in ordine all'avviamento, in proporzione alla quantità alla qualità del lavoro prestato. Le decisioni concernenti l'impiego degli utili e degli incrementi nonché quelle inerenti alla gestione straordinaria, agli indirizzi produttivi e alla cessazione dell'impresa sono adottate, a maggioranza, dai familiari che partecipano alla impresa stessa. I familiari partecipanti all'impresa che non hanno la piena capacità di agire sono rappresentati nel voto da chi esercita la potestà su di essi...”

actividad económica que desarrollan. En general, puede decirse siguiendo a DIEZ PICAZO³⁹ que la empresa es un conjunto organizado de medios técnicos, financieros y humanos, para el ejercicio de una actividad económica.

En cuanto al concepto de familia el artículo 39.1 de la Constitución Española aprobada por la Cortes el 31 de octubre de 1978 establece que “los poderes públicos asegurarán la protección social, económica y jurídica de la familia” pero no da ninguna definición de ella. Tampoco hoy en día es fácil obtener un concepto claro de familia en el ámbito de la legislación autonómica en lo que se refiere a la regulación de las parejas de hecho.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES⁴⁰ define la familia empresaria como “el conjunto de personas entre las que median relaciones de matrimonio o de parentesco a las que la ley atribuye algún efecto jurídico, que son titulares de una empresa u ostentan en la misma una posición relevante”. Lo determinante en la empresa familiar es su elemento subjetivo, es decir,

(39) Cfr. J.L. DIEZ PICAZO, Fundamentos de derecho civil patrimonial, Tomo III, Madrid, 1995.

(40) Cfr. A. FERNÁNDEZ-TREGUERRES, Op. cit., pág. 120.

las personas que ostentan la propiedad de la empresa; poco importa la forma que adopte⁴¹ y el tamaño o dimensión de la misma.

En cuanto a las resoluciones judiciales dictadas por los distintos Tribunales de nuestro país se ha de decir, siguiendo a MARTORELL ZULUETA⁴², que si bien muchas de ellas tienen por objeto resolver las controversias que surgen en el seno de las empresas familiares, difícilmente encontramos una definición del concepto que nos ocupa.

Nadie discute que las empresas familiares tienen especial importancia en el ámbito económico y social de los países que gozan de economía libre. En España, en el año 2002, el 65 % de las empresas eran de origen familiar representando aproximadamente el 65% del PIB y generando el 80 % del empleo privado⁴³. A nivel mundial, desde un punto de vista estrictamente económico-laboral habría que tener en cuenta que hoy en día las empresas familiares constituyen una importante opción de

(41) Empresario individual o social, ya sea sociedad personalista o capitalista.

(42) Cfr. M.J. REYES LÓPEZ, citando a P. MARTOLELL ZULUETA, “El Patrimonio del empresario familiar individual” en, El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos (dir. M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL), Tomo IV, Barcelona, 2005, pág. 103.

(43) Datos tomados del Instituto de Empresa Familiar.

empleo y futuro. Los datos conocidos sobre la significación y aportación al PIB de las empresas familiares indican que éstas constituyen la base de la economía mundial⁴⁴. Según manifestaba ya hace unos años A. RECARTE GARCÍA-ANDRADE⁴⁵, en los países de economía de mercado, y más aún en los que se encuentran en vías de desarrollo, el empresario familiar juega un papel primordial en la generación de empleo y de riqueza.

Queda, por tanto, justificada la importante necesidad de configurar un marco jurídico adecuado para impulsar el crecimiento y la estabilidad de la empresa familiar en la economía de cada país y en particular en España.

Hace varias décadas comenzó a utilizarse el término empresa familiar para designar aquellas compañías cuyo patrimonio y gobierno estaba en manos de una familia, es decir, entidades creadas y gestionadas por una sola familia siendo especialmente importante la

(44) Aportan el 50 % del Producto Interior Bruto de los países.

(45) Cfr. A. RECARTE GARCÍA-ANDRADE, El protocolo familiar como instrumento para gestionar el cambio generacional, Revista jurídica general, Boletín ICAM núm. 27, Madrid, 2003, pág. 9 y ss.

sucesión o transmisión de la misma dentro de la propia familia y todo ello con independencia del menor o mayor tamaño de la empresa.

Con frecuencia tiende a identificarse de forma sistemática la empresa familiar con la pequeña y mediana empresa (PYME). Sin embargo, aunque al tiempo de constituirse la empresa ambos conceptos suelen coincidir y en ese momento la mayoría de las empresas familiares se incluyen en la categoría de PYME, tal identificación debe considerarse inexacta y equívoca. No debe confundirse el concepto PYME con el de empresa familiar. Las PYMES están sometidas a una serie de limitaciones cuantitativas en lo que se refiere al número de empleados, limitaciones que no afectan, sin embargo, a las empresas familiares. Si bien es cierto que en su origen la empresa familiar suele configurarse como una PYME, con el transcurso del tiempo puede llegar a convertirse en una empresa de gran tamaño⁴⁶ tanto en lo que se refiere a la cifra de negocio como al número de trabajadores empleados. Normalmente en época de crisis económica las PYMES conservan los puestos de trabajo con más facilidad que las grandes empresas y en los momentos de expansión,

(46) El 25% de las empresas más importantes de España en cuanto a su tamaño, son empresas familiares. Vid. M. ROCA JUNYENT, "La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario" en, *El Patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos* (dir. M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL), Barcelona, 2005, pág. 26.

responden más ágilmente al crecimiento de empleo. Por lo demás, la problemática de las PYMES tiende a coincidir parcialmente con la de las empresas familiares, por lo que parece lógico aplicar en defensa de las éstas, los criterios sobre pequeñas y medianas empresas que se establecen en la legislación europea⁴⁷.

Las condiciones para que una empresa sea considerada familiar, en la actualidad, hacen referencia a la propiedad, el control, el gobierno y el derecho de voto, además de incluir entre los objetivos estratégicos de la empresa el de la continuidad generacional. M. ROCA JUNYENT⁴⁸ menciona tres elementos definatorios de la empresa familiar (dos de carácter objetivo y uno de carácter subjetivo), a saber, la titularidad dominical de la misma en manos de una misma unidad familiar⁴⁹, la participación de la familia en el gobierno⁵⁰ de la empresa y la vocación de

(47) Recomendación de la Comisión Europea 25/5/1994 para facilitar la continuidad y supervivencia de las pequeñas y medianas empresas; Comunicación 19/6/1994 sobre la transmisión de empresas; Recomendación 7/12/1994 sobre la transmisión de pequeñas y medianas empresas, entre otras.

(48) Cfr. M. ROCA JUNYENT, Op. cit., págs. 30 y siguientes.

(49) Dicha titularidad puede recaer en manos de una o más familias, siempre y cuando conjuntamente garanticen el control de la empresa.

(50) No debe confundirse el gobierno con la gestión de la empresa. Es el gobierno, y no la gestión, lo que se considera elemento configurador de la empresa familiar, es decir, el nombramiento de los miembros de administración y gestión debe efectuarse por la familia,

continuidad⁵¹. De los tres elementos, es este último el que, a juicio de M. ROCA JUNYENT⁵², permite definir lo que realmente es una empresa familiar. Además, la vocación de continuidad genera expectativas de futuro y permite elaborar estrategias de crecimiento a más largo plazo sin el clásico yugo empresarial de lograr maximizar la rentabilidad económica en el plazo más breve posible. A tales ventajas habría que añadir la derivada del especial vínculo afectivo al proyecto empresarial así como una mayor capacidad de dedicación y sacrificio y una motivación superior al resto de empresas. En el caso de la empresa familiar, la viabilidad y el éxito económico no son los únicos factores condicionantes de la continuidad de la misma; la capacidad de sus titulares para encajar adecuadamente las relaciones familiares en un contexto empresarial juega un papel fundamental en este tipo de empresas.

pudiendo encomendarse dicha gestión, total o parcialmente, a terceras personas, profesionales ajenos a la familia. Las dos funciones fundamentales que engloba el gobierno de la empresa son designar quién se encarga de la gestión de la misma y determinar la dirección estratégica de la empresa.

(51) Tener una duración superior a la vida del fundador de la empresa familiar.

(52) Vid. M. ROCA JUNYENT, Op. cit., pág. 31.

El Informe de la Ponencia del Senado para la problemática de la empresa familiar de 12 de noviembre de 2001⁵³ constituida en el seno de la Comisión de Hacienda en relación con el concepto y caracteres de la misma establece que “es opinión general de la doctrina, que resulta muy difícil definir lo que es una empresa familiar... ahora bien, lo que sí existe es un consenso generalizado sobre las características⁵⁴ de las empresas familiares, entre las que podemos destacar:

- Que una familia, para el supuesto de empresa unifamiliar, tenga una participación importante del capital social (normalmente la mayoría del capital social).
- Que en base a dicha participación la familia pueda ejercer el control de la empresa
- Que la familia participe en la gestión y/o dirección de la empresa, ocupando normalmente para el supuesto de

(53) Publicado en el Boletín Oficial de la Cortes Generales de 23 de noviembre de 2001 y en la página web www.senado.es

(54) Ponencia del Senado de Estudio para la problemática de la empresa familiar de 12 de noviembre de 2001, pág. 25. También Vid. M. L. PALAZÓN GARRIDO, “La conservación de la empresa familiar a través de la facultad contemplada por el nuevo artículo 1056, párrafo segundo del Código Civil” en Protección del Patrimonio Familiar (coord. F. J. SÁNCHEZ CALERO y R. GARCÍA PÉREZ), Valencia, 2006, pág. 318 y 319.

empresas societarias la totalidad o la mayoría en el Consejo de Administración.

- Un factor temporal que prácticamente la totalidad de los autores especializados destaca, que es el deseo de la familia de que la empresa continúe en el tiempo, incorporando en la propiedad y/o en la gestión o dirección a las siguientes generaciones de la familia.”

En definitiva, las características de la empresa familiar son las mismas que las de cualquier otra empresa, si bien podría decirse, siguiendo a IGNACIO GALLEGO⁵⁵ que la planificación a largo plazo sin búsqueda de beneficios empresariales a corto plazo, es una ventaja competitiva propia de aquélla. La principal diferencia radica en su íntima conexión con un grupo familiar que posee una especial influencia en el gobierno y gestión de la empresa, lo cual en ocasiones puede dar lugar a conflictos de diversa índole derivados, fundamentalmente, de la confusión entre los conceptos de familia, propiedad y gestión empresarial. También existen diferencias a efectos fiscales, según se ha indicado anteriormente y tal y como veremos más en profundidad en un apartado posterior de nuestro estudio.

(55) Vid. I. GALLEGO DOMÍNGUEZ, La empresa familiar. Su concepto y delimitación jurídica. Cuadernos de reflexión de la Cátedra PRASA de empresa familiar nº 14, Marzo 2012, pág. 9.

Aunque no exista un concepto único y delimitado de empresa familiar, sí hay unanimidad por parte de la doctrina a la hora de considerar que el patrimonio del empresario goza de unas características especiales y específicas, íntimamente vinculadas con la continuidad y supervivencia de la empresa. Las decisiones que tome el empresario familiar han de estar dirigidas a mantener la subsistencia de la empresa. En este sentido, el patrimonio del empresario familiar está condicionado por actuaciones de presente en estricta vinculación con la protección y salvaguarda del patrimonio familiar de cara al futuro, de tal forma que la gestión que se realice ha de estar encaminada, no sólo al crecimiento de la empresa sino a su conservación y perdurabilidad en el tiempo.

Esta idea de continuidad, subsistencia o conservación de la empresa encuentra apoyo en la legislación mercantil en disposiciones tales como el artículo 5 del Código de Comercio⁵⁶ aprobado mediante Real Decreto de 22 de agosto de 1885, que se refiere a la continuación

(56) Dispone el artículo 5 del Código de Comercio que “Los menores de dieciocho años y los incapacitados podrán continuar, por medio de sus guardadores, el comercio que hubieren ejercido sus padres o sus causantes. Si los guardadores carecieren de capacidad legal para comerciar, o tuvieren alguna incompatibilidad, estarán obligados a nombrar uno o más factores que reúnan las condiciones legales, quienes les suplirán en el ejercicio del comercio”.

del comercio a través de los guardadores en el caso de menores o incapacitados y los artículos 6 a 12 del mismo cuerpo legal en los que se hace referencia al ejercicio del comercio por persona casada.

En el año 1992 se funda en España el Instituto de Empresa Familiar⁵⁷, organización sin ánimo de lucro y ámbito estatal, que agrupa a un centenar de empresas con una facturación media por compañía de 1.500 millones de euros, lo que representa de forma agregada el equivalente al 17,5% del Producto Interior Bruto de España y hasta el 27,5% si se incluyen las Asociaciones Territoriales de Empresa Familiar vinculadas a esta institución, que engloban a 1.100 compañías⁵⁸. Hoy en día forman parte del Instituto de Empresa Familiar importantes empresas

(57) Desde abril de 2014 preside el Instituto de Empresa Familiar Javier Moll quien declaró tras su elección, que “existen argumentos de mucho peso para defender la existencia y la continuidad de la empresa en general y de la familiar en particular”. Javier Moll sustituye en el cargo a José Manuel Entrecanales, quien declaró en su intervención de despedida que el Instituto de Empresa Familiar es en la actualidad “una de las organizaciones empresariales de mayor prestigio de nuestro país, caracterizada por su independencia, su enfoque en el conocimiento, la divulgación y la defensa de los intereses de la empresa familiar española, así como su implicación activa en la construcción de una economía y una sociedad mejores”. Declaraciones tomadas de <http://www.iefamiliar.com/web/es/noticias/javier-moll-nuevo-presidente-del-ief-reivindica-la-empresa-familiar-como-un-bien-social-a-preservar.html?year=2014&month=04>

(58) <http://www.iefamiliar.com/web/es/> (fecha de consulta: 15 de enero de 2015)

líderes en sus correspondientes sectores de actividad (Acciona, Barceló, Ferrovial, Inditex, Mango, Mercadona, Planeta o Puig, entre otras).

Para cuestiones propias de la naturaleza de la empresa familiar nada mejor que acudir al Barómetro de Empresa Familiar. El realizado con fecha 30 de junio de 2014⁵⁹ arrojaba los siguientes datos estadísticos: el 45% de los encuestados considera muy importante mantener el control de la empresa dentro de la familia y el 41% preparar y formar un sucesor. A pesar de ello, un 88% ve positivo o muy positivo contar con directivos externos en la empresa, de hecho el 75% cuenta con algún directivo que no forma parte de la familia. El Barómetro de 2015⁶⁰ señala que de entre las empresas que tienen previsto acometer cambios estratégicos, el 35% se plantean traspasar la gestión de la empresa a la siguiente generación mientras que el 15% opta por el traspaso de la titularidad del negocio, es decir, la idea de mantener la empresa en el ámbito familiar sigue siendo

(59) Elaborado por KPMG en colaboración con las Asociaciones Territoriales vinculadas al Instituto de la Empresa Familiar. Refleja las respuestas de 125 empresas familiares españolas de todo el territorio nacional recogidas durante el mes de abril de 2014 sobre sus expectativas, retos y preocupaciones a corto, medio y largo plazo.

(60) El IV Barómetro de Empresa Familiar elaborado por KPMG en colaboración con las Asociaciones Territoriales vinculadas al Instituto de la Empresa Familiar refleja las respuestas de 184 empresas familiares recogidas entre mayo y junio de 2015 sobre sus expectativas, restos y preocupaciones a corto, medio y largo plazo.

muy importante. Las empresas familiares españolas consideran que la generación al mando del negocio debe enseñar a la siguiente un conjunto sólido de valores, creencias y principios familiares; formar y preparar adecuadamente a la siguiente generación es crucial para la supervivencia de la empresa familiar.

A nivel europeo, aunque no existe un concepto legal de empresa familiar, el Grupo de Expertos en Empresas Familiares de la Unión Europea⁶¹ ha puesto de manifiesto que una empresa, cualquiera que sea su tamaño, tiene la consideración de empresa familiar si:

1. La mayoría de las facultades para la toma de decisiones las posee la persona o personas de la familia que fundó o fundaron la compañía; o son propiedad de la persona que tiene o ha adquirido el capital social de la empresa; o son propiedad de su esposa, padres, hijo o hijos o herederos directos del hijo o hijos.
2. La mayoría de los votos para la toma de decisiones puede ser directa o indirecta.
3. Al menos un representante de la familia o pariente más próximo está involucrado en la gestión o gobierno de la empresa.

(61) Siguiendo las orientaciones del Grupo Europeo de Empresas Familiares (GEEF), relacionado con el European Family Business (EFB) y el Instituto de la Empresa Familiar de España.

4. A las compañías cotizadas⁶² se les aplica la definición de empresa familiar si la persona que fundó o adquirió la compañía (su capital social), o sus familiares o descendientes poseen el 25% de los derechos de voto. Es decir, aunque la familia no cuente con la mayoría de los votos de la empresa, sí debe ejercer, a través de su participación accionarial, una influencia decisiva.

Ante la deficiente y prácticamente inexistente regulación jurídica de las empresas familiares, el protocolo familiar alcanza un inestimable valor como documento jurídico. En España, el Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero⁶³ regula la publicidad de los protocolos familiares en relación con lo establecido en la Disposición Final Segunda de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de sociedad limitada de nueva empresa. La citada disposición se expresa en los siguientes términos: “reglamentariamente se

(62) Una característica típica de las empresas cotizadas es la fragmentación de su propiedad y en muchas ocasiones el mayor accionista tiene menos del 50% de los derechos de voto. En dichas compañías un accionista puede ejercer influencia decisiva sobre aspectos fundamentales de gobierno corporativo sin tener la mayoría de los votos.

(63) El Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, no se aplica a las sociedades anónimas cotizadas, las cuales se rigen por lo establecido en la Ley 26/2003, de 17 de julio, por la que se modifican la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores, y el texto refundido de la Ley de sociedades anónimas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre.

establecerán las condiciones, forma y requisitos para la publicidad de los protocolos familiares, así como, en su caso, el acceso al registro mercantil de las escrituras públicas que contengan cláusulas susceptibles de inscripción”.

En la Exposición de Motivos del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, se indica que “a los efectos de este real decreto, será familiar una sociedad de personas o capital en la que existe un protocolo que pretende su publicidad”, aclarando, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del mencionado Real Decreto que, por protocolo se entiende: “aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares respecto de una sociedad no cotizada en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad”.

En no pocas ocasiones el protocolo es adoptado en el seno de familias propietarias de una empresa familiar con la finalidad de prever la solución de los posibles conflictos que puedan producirse con el paso del

tiempo. Al igual que en cualquier familia, en la empresa familiar los problemas también son habituales⁶⁴. La aparición de los mismos puede estar motivada por diversas causas⁶⁵ tales como el relevo generacional y la incorporación de nuevos miembros, la convivencia entre los miembros de la familia gestores y no gestores, la internacionalización de la empresa y la conservación del control de la misma por parte de la familia, etc... La mayoría de las causas mencionadas tiene su origen en la complejidad intrínseca de la empresa familiar derivada de la importante carga afectiva y emocional propia de las relaciones humanas. La especial trascendencia de tales relaciones personales permite afirmar que podrían llegar a ser determinantes del éxito o fracaso de una empresa familiar y, en definitiva, de la supervivencia de la misma.

(64) Para la resolución de conflictos en el ámbito de la empresa familiar y con la finalidad de conservación de la misma, desde hace unos años, se está introduciendo poco a poco en nuestro país la mediación como técnica alternativa a la resolución de conflictos por la clásica vía judicial.

(65) Las causas de los conflictos son de muy diversa naturaleza si bien todos ellos confluyen en la encrucijada de vida personal, gestión de la empresa y propiedad de la misma. Los problemas en la relación personal influyen en la relación empresarial y viceversa. La gestión de los conflictos personales es, por lo general, la gran olvidada en los mecanismos tradicionalmente aplicados para garantizar la continuidad de la empresa familiar. Vid. C. ALONSO DAL MONTE y M.J. NARANJO HERNÁNDEZ, *Mediación en empresas familiares*, Revista de Mediación, Año 5, Núm.10, Segundo Semestre, 2012, pág. 35.

Con carácter general REYES LÓPEZ⁶⁶ se refiere al protocolo como al “documento llamado a pautar la vida y el régimen interno de la empresa y de sus miembros”. De forma más específica y en relación con lo expuesto en el párrafo anterior, el protocolo podría definirse como aquel documento en virtud del cual los titulares de la empresa familiar se proponen encauzar los problemas que puedan afectar a su continuidad mediante la previsión de una serie de cláusulas. El contenido del protocolo varía en función de las características singulares de la familia y del tipo de empresa y sus cláusulas, siempre que no sean contrarias a las leyes, son de obligado cumplimiento para las partes otorgantes⁶⁷.

El protocolo familiar podría decirse que goza del carácter de medida “preventiva” que contribuye a lograr el objetivo de conservar la empresa indivisa, siendo la mediación⁶⁸ la herramienta “curativa” utilizada,

(66) Cfr. M.J. REYES LÓPEZ, “El Patrimonio del empresario familiar individual” en, El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos (dir. M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL), Tomo IV, Barcelona, 2005, pág. 124.

(67) El protocolo se concibe como una declaración o manifestación de voluntad de las partes y como tal, obliga a éstas a su cumplimiento.

(68) Vid. C. ALONSO DAL MONTE Y M.J. NARANJO HERNÁNDEZ, “Mediación en empresas familiares” en Revista de Mediación, año 5, num.10, 2012, pág. 34. “Las empresas familiares tienen un enorme peso en la economía española. Sin embargo, las estadísticas demuestran que son pocas las que sobreviven el tránsito de una generación a otra. Las soluciones habituales se limitan a una faceta primordialmente jurídica y económica,

cada vez con mayor frecuencia, para resolver los conflictos que ponen en peligro la continuidad de la explotación familiar.

dejando a un lado los aspectos emocionales. Lo que se propone en este artículo es aplicar la mediación para la gestión integral de estos conflictos, principalmente, de manera preventiva, mediante la elaboración de protocolos familiares que sirvan de guía para la evolución futura de la empresa y de la familia... Lo que se propone en este artículo es exponer cómo la aplicación de la mediación para gestionar de forma integral estos conflictos en sus tres vertientes contribuye a la consecución de un doble objetivo: la continuidad de la empresa familiar, por un lado, y, por otro, la pervivencia del vínculo familiar”.

B) La indivisión de la explotación agrícola, industrial o fabril

Antes de adentrarnos en el análisis de la indivisión propiamente dicha es necesario delimitar el concepto de explotación agrícola, industrial o fabril teniendo en cuenta la dificultad que entraña abordar términos económicos desde el punto de vista del Derecho y precisar su especial trascendencia en el tráfico jurídico.

La idea de explotación lleva a un contacto material con las cosas que son objeto de derecho, constituyendo en sí misma un bien (o un conjunto de bienes) que en algunos aspectos, presenta una cierta sustantividad y autonomía en el tráfico jurídico. A estos efectos el reconocimiento del ordenamiento jurídico es doble. Se reconoce, por un lado, la incorporación de un patrimonio a una actividad de manera que dicho patrimonio queda afecto a un destino permanente⁶⁹ y, por otro lado, la afección de un patrimonio, de forma separada, a una responsabilidad especial. En el caso del patrimonio social de las sociedades capitalistas⁷⁰

(69) Vinculación de las cosas o bienes a un destino, dependiente de una actividad de su titular.

(70) Las sociedades capitalistas se caracterizan por la responsabilidad limitada de sus socios. Los socios responden de las deudas sociales “limitadamente”, es decir, hasta donde alcance el

este segundo aspecto puede encontrarse vinculado a una actividad específica. A nosotros nos interesa centrarnos en el primero de los aspectos mencionados.

El concepto económico-jurídico de explotación agrícola, como representación objetivada de una actividad, puede contemplarse desde dos perspectivas diversas⁷¹ que, a su vez, permiten distinguir entre el aspecto estático y el aspecto dinámico de su regulación y que se refieren, respectivamente, al “Derecho de reforma del suelo” y al “Derecho civil agrario”⁷². El primero gira en torno a la idea de la finca rústica como unidad mínima de cultivo y su indivisibilidad. El segundo guarda relación con las normas que regulan su transmisión *mortis causa* y la conservación *post mortem* de la unidad de la explotación agrícola. En un sentido amplio, este segundo aspecto incluye también la regulación de la explotación agrícola en lo que se refiere al tráfico *inter vivos*, tanto en régimen de propiedad como en el de arrendamiento.

valor de lo que hubiesen aportado; no rige el principio de responsabilidad patrimonial universal consagrado en el artículo 1911 del Código Civil.

(71) Las dos perspectivas o puntos de vista del concepto de explotación agrícola no son exclusivas ni excluyentes sino complementarias.

(72) Concretamente, “Derecho sucesorio agrario”.

Esta diversa actuación de las normas jurídicas en los dos ámbitos o aspectos mencionados (estático y dinámico) está íntimamente relacionada con la distinción entre el Derecho necesario o imperativo⁷³ y el Derecho voluntario o dispositivo⁷⁴, respectivamente, y se complementan entre sí.

Siguiendo al profesor J. L. DE LOS MOZOS⁷⁵ podría decirse que el concepto económico-jurídico de explotación agrícola es “algo dinámico que fluye constantemente y únicamente es susceptible de ser fijado cuando partiendo de las cosas, como objeto de los derechos, tratamos de atribuirles un significado de tipo ideal, aludiendo a la idea de la función o del destino”. La idea de destino⁷⁶ se sobrepone por encima de la entidad

(73) *Ius Cogens*.

(74) *Ius dispositivium*.

(75) Vid. J.L. DE LOS MOZOS, Propiedad, herencia y división de la explotación agraria. La sucesión en el Derecho agrario, Salamanca, 1977, pág. 14.

(76) En este sentido se manifiesta la Ley Hipotecaria en cuyo artículo 8.2 se permite inscribir como una sola finca “toda explotación agrícola, con o sin casa de labor, que forme una unidad orgánica, aunque esté constituida por predios no colindantes, y las explotaciones industriales que formen un cuerpo de bienes unidos o dependientes entre sí”. Este artículo tiene un claro abolengo romano y refleja parcialmente la idea del *fundus*. Vid. J.L. DE LOS MOZOS, Op. cit., pág. 131.

material de las cosas. Y F. MILLÁN SALAS⁷⁷ define la explotación económica en general como “el conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular en el ejercicio de una actividad económica, primordialmente con fines de mercado, que constituya en sí misma una unidad técnico-económica”.

Uno de los elementos más importantes de la explotación agrícola es la finca rústica; y un factor decisivo para la conservación de la explotación es la protección de las unidades agrarias mediante el reconocimiento de su indivisibilidad.

Esta indivisibilidad o indivisión supone una limitación del *ius disponendi* del propietario, si bien, tal limitación del derecho de propiedad, aunque incide parcialmente en el contenido del derecho mismo, podría decirse que no llega a modificarlo de manera radical, si se tiene en cuenta que una de las características del contenido del derecho de propiedad es su elasticidad. En un sistema de libertad económico-jurídica, por muchas limitaciones que se impongan al derecho de propiedad (privada), su carácter de derecho absoluto de contenido flexible

(77) Cfr. F. MILLÁN SALAS, La partición hecha por el testador al amparo del artículo 1056.2 del Código Civil, Actualidad Civil, nº 45-46, 1 al 14 de diciembre de 2003, pág. 1184.

o elástico, permanece inalterado. En cualquier caso, la limitación afecta, más que al propio contenido, al objeto del derecho, es decir, a la finca, o más en concreto a la unidad agraria (unidad mínima de cultivo) cuya indivisibilidad se proclama.

El concepto de finca ha evolucionado de un sentido formal a un sentido material. El concepto formal de finca se centra en la idea de su vinculación o atribución a una titularidad mientras que el concepto de finca en sentido material se relaciona con la idea de función o destino en los términos señalados anteriormente. Esta evolución que coincide en el tiempo con el nuevo Derecho de reforma del suelo⁷⁸, se produce como reacción contra el individualismo jurídico, de tal manera que lo más importante del nuevo sentido del concepto de finca es su carácter función eminentemente social⁷⁹. El individualismo jurídico impulsa una política legislativa que va contra la inmovilización de la propiedad.

(78) Cfr. J.L. DE LOS MOZOS, Op. cit., págs. 17 y 21.

(79) La Constitución alemana de Weimar proclama por primera vez la idea de la función social de la propiedad en 1919. En España el artículo 33 de la Constitución de 1978 (ubicado en el Título I relativo a los derechos y deberes fundamentales) proclama la función social de la propiedad privada en los siguientes términos “1. Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”.

Como consecuencia de este nuevo sentido del concepto de finca surgen nuevas formas para su individualización y descripción y, en definitiva, nuevos tipos de propiedad. A partir de entonces comienza a hablarse de propiedades en plural. En nuestro ordenamiento jurídico, la Ley de arrendamientos rústicos de 15 de marzo de 1935 distingue entre fincas rústicas y urbanas en atención a su destino, agrícola o no, respectivamente y con la reforma del Reglamento Hipotecario⁸⁰ efectuada mediante Decreto de 17 de marzo de 1959 se introduce la referencia a la clase de cultivo en relación con las fincas rústicas.

Este criterio de incorporar la función o destino al concepto de la cosa (finca), como objeto de los derechos, se traduce en la disciplina de las unidades agrarias y en concreto, de las unidades mínimas de cultivo; disciplina que limita el *ius disponendi* del propietario a través del

(80) El artículo 51.1 del Reglamento Hipotecario en su redacción dada por la modificación introducida en dicho cuerpo legal en virtud del Decreto 393/1959, de 17 de marzo, establece que “Las inscripciones extensas a que se refiere el artículo noveno de la Ley contendrán los requisitos especiales que para cada una de ellas determina este Reglamento, y se practicarán con sujeción a las reglas siguientes: Primera.-La naturaleza de la finca se determinará expresando si es rústica o urbana, el nombre con que las de su clase sean conocidas en la localidad, y en aquellas, si se dedican a cultivo de secano o de regadío y, en su caso, la superficie aproximada destinada a uno y a otro”.

establecimiento de la individualidad de las fincas, consideradas elementos básicos y fundamentales de la explotación agrícola.

En la segunda mitad del siglo XX⁸¹ se dictan en nuestro país una serie de disposiciones jurídicas que tienen por objeto impedir el excesivo fraccionamiento de las fincas rústicas y estimular la formación de explotaciones agrarias de dimensiones suficientes para asegurar su viabilidad. El origen del excesivo fraccionamiento de la propiedad rústica lo encontramos, según TORRES GARCÍA⁸², en el régimen sucesorio de nuestro Código Civil que, partiendo de los postulados individualistas del Código Civil francés, se convirtió en un obstáculo para la conservación de la unidad de la explotación agrícola; el particularismo de las relaciones de la agricultura tolera mal el régimen sucesorio del Código Civil.

(81) Durante esta época la agricultura española sufre importantes cambios estructurales. Por un lado, como consecuencia de la crisis de la agricultura tradicional, se generaliza un modelo de explotación agraria basado más en la tecnología que en la utilización intensiva de mano de obra; y por otro, como consecuencia de integración en la Unión Europea, se producen importantes cambios derivados del necesario proceso de adaptación a la Política Agraria Común.

(82) Vid. T. F. TORRES GARCÍA, “La explotación agrícola familiar: su conservación en la sucesión *mortis causa* del titular. Artículo 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario “, en Anuario de Derecho Civil, 1980, pág. 335 (citando a F. DE CASTRO Y BRAVO, “El Derecho agrario en España”, en Anuario de Derecho Civil, Tomo VII, 1964, págs. 381 y 336.

Para dar cumplimiento al fin señalado, se dictan diversas normas, entre las que destacan, en el ámbito de la legislación estatal, las siguientes: la Ley sobre fijación de las unidades mínimas de cultivo de 15 de julio de 1954; la Ley de explotaciones familiares indivisibles de 14 de abril de 1962; la Ley de reforma y desarrollo agrario cuyo texto es aprobado mediante Decreto 118/1973 de 12 de enero que, sin derogar expresamente la ley de 14 de abril de 1962, retoma los criterios establecidos en la Ley de 1954; la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes; la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias que se dicta en aplicación de los principios comunitarios y que deroga expresamente el estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes.

La Ley sobre fijación de las unidades mínimas de cultivo de 15 de julio de 1954 es objeto de desarrollo en disposiciones jurídicas posteriores como el Decreto de 23 de marzo de 1955, el Decreto de 22 de septiembre de 1955 o la Orden Ministerial de 24 de noviembre de 1955. Se indican los límites (mínimo y máximo) entre los cuales se ha de fijar la extensión de las unidades mínimas de cultivo en cada provincia por la comisión que

se constituya, para que el Ministerio de Agricultura a la vista de esos informes, determine la unidad mínima de cultivo en cada comarca.

La Ley de explotaciones familiares indivisibles de 14 de abril de 1962 parte del concepto de explotación como actividad sin considerar su aspecto dinámico. Aunque la Ley quiere hacer un intento de protección de las que denomina “explotaciones familiares mínimas”, no lo consigue, ya que la protección se ha quedado referida fundamentalmente a uno sólo de los elementos de la explotación, a saber, la finca rústica como unidad mínima. A juicio de J.L. DE LOS MOZOS, esta Ley resulta ser totalmente inoperante⁸³, adolece de defectos de técnica y apenas ha tenido aplicación, excepto en lo que se refiere a las normas relacionadas con la indivisibilidad de las fincas.

La Ley de reforma y desarrollo agrario de 12 de enero de 1973 (en parte vigente en la actualidad) se refiere a la función social de la propiedad de fincas rústicas en su primer artículo⁸⁴ que rige como

(83) “Pura letra muerta que duerme su sueño eterno en las páginas del Boletín Oficial”. Cfr. J.L. DE LOS MOZOS, Op. cit., pág. 16.

(84) Artículo 1 LRDA. “El suelo rústico deberá utilizarse en la forma que mejor corresponda a su naturaleza, con subordinación a las necesidades de la comunidad nacional”.

principio rector. Las explotaciones familiares agrarias se conciben, según PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS⁸⁵ como “complejos de bienes (normalmente tierras y vivienda) que constituyen jurídicamente una unidad económica independiente” cuya propiedad se sujeta a un régimen peculiar con la finalidad de que la explotación se conserve indivisa y cuya titularidad ha de corresponder necesariamente a quien tenga la condición de profesional de la agricultura⁸⁶.

Las explotaciones familiares, conforme al artículo 25 de la Ley de reforma y desarrollo agrario, deberán ser de magnitud y características

(85) Vid. T. F. TORRES GARCÍA, Op. cit., pág. 339 (citando a M. PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, “La conservación de las unidades agrarias en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario” en Estudios monográficos, núm.3. Ministerio de Agricultura, 1975, pág. 113).

(86) El concepto de profesional de la agricultura aparece por primera vez en nuestra legislación en la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de arrendamientos rústicos donde se define como la persona que se dedique o vaya a dedicarse de manera preferente a actividades de carácter agrario, ocupándose de una manera efectiva y directa de la explotación. Dicha Ley ha sido derogada por la letra a) de la disposición derogatoria única de la Ley 49/2003, de 26 de noviembre de arrendamientos rústicos. Actualmente el concepto de agricultor profesional queda recogido en el primer párrafo del apartado 5 del artículo 2 de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias, redactado conforme a la modificación introducida por la disposición final primera de la Ley 45/2007, de 13 de diciembre, para el desarrollo sostenible del medio rural. Se define agricultor profesional como “la persona física titular de una explotación agrícola, ganadera o forestal, que requiera un volumen de empleo de la menos una Unidad de Trabajo Anual y que obtenga al menos el 25 por ciento de su renta de actividades agrarias”.

tales que permitan un nivel de vida decoroso y digno de una familia laboral tipo que cuenta con dos unidades de trabajo y que cultiva directa y personalmente. El concepto de cultivador directo y personal queda recogido en el artículo 83.3 del Reglamento de Arrendamientos Rústicos. La definición de explotación familiar dada por el artículo 25 de la Ley de reforma y desarrollo agrario, e incluso el propio término de explotación familiar, procede de la Ley de explotaciones familiares indivisibles de 14 de abril de 1962⁸⁷. Los datos objetivos recogidos en el referido artículo 25 en relación con el concepto de explotación agrícola familiar han de completarse con lo dispuesto en el artículo 36.2 del mismo cuerpo legal. En este sentido la explotación familiar constituirá una unidad económica integrada por las tierras a ella adscritas, la casa de labor, elementos de trabajo, ganado, instalaciones y, en general, los bienes y derechos inherentes a la explotación. En caso de matrimonio, la titularidad de la explotación podrá recaer en ambos cónyuges, siendo suficiente con que uno de ellos cumpla con los requisitos legales exigidos.

(87) Vid. T. F. TORRES GARCÍA, Op. cit., pág. 337 (citando a A. BALLARÍN MARCIAL, “Las últimas leyes agrarias españolas, con especial referencia a las explotaciones familiares”, en *Rivista di Diritto Agrario*, 1962, págs. 239 y ss.).

Respecto a la transmisión mortis causa de la explotación familiar, el artículo 35 de la Ley de reforma y desarrollo agrario, en su redacción actual⁸⁸, establece que “Por muerte del propietario, la explotación no podrá ser objeto de división y las transmisión mortis causa de la misma se ajustará a lo dispuesto en el Código Civil o en las disposiciones de igual carácter en las Comunidades Autónomas que sean de aplicación”.

Además el artículo 46 de la Ley contiene una norma específica sobre la transmisión mortis causa que tiene especial trascendencia a los efectos de la conservación indivisa de la explotación agraria. El apartado primero del artículo 46 dispone que “la partición de la herencia se realizará en todo caso con respeto de lo establecido en el artículo 44⁸⁹, aun en contra de lo dispuesto

(88) El apartado primero del artículo 35 en su redacción original establecía que “Las transmisiones mortis causa de las tierras, viviendas y demás elementos de la explotación, y no constitutivos de Patrimonios Familiares, se ajustarán a lo dispuesto en el Código Civil o en las disposiciones de derecho especial o foral, con la excepción de las reglas contenidas en este artículo”. Este precepto fue posteriormente derogado por la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes. Sin embargo, con la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias que deroga Ley 49/1981, el artículo 35 recobra su contenido en los términos indicados.

por el causante”. Y el apartado segundo añade que “a falta de voluntad expresa de éste o de convenio entre los herederos, la parcela indivisible será adjudicada por licitación entre los coherederos. Si todos éstos manifiestan su intención de no concurrir a la licitación, se sacará la parcela a pública subasta”. Los artículos 43 a 48 de la Ley que integran el título III del libro II han sido derogados por la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias, en cuyo Título II se concreta la nueva regulación de las unidades mínimas de cultivo que viene a sustituir a la derogada.

(89) Artículo 44. “1. La división o segregación de una finca rústica sólo será válida cuando no dé lugar a parcelas de extensión inferior a la unidad mínima de cultivo. 2. No obstante, se permite la división o segregación:

- a) Si se trata de cualquier clase de disposición en favor de propietarios de fincas colindantes, siempre que como consecuencia de la división o segregación no resulte un mayor número de predios inferiores a la unidad mínima de cultivo.
- b) Si la porción segregada se destina de modo efectivo, dentro del año siguiente, a cualquier género de edificación o construcción permanente, a fines industriales o a otros de carácter no agrario.
- c) Si los predios inferiores a la unidad mínima de cultivo que resulten de la división o segregación se destinen a huertos familiares de las características que se determinen reglamentariamente”.

La Ley de 24 de diciembre de 1981 del estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes que estuvo en vigor durante poco más de trece años⁹⁰ establece un régimen sucesorio único para las explotaciones familiares agrarias derogando los correspondientes preceptos de la Ley de reforma y desarrollo agrario de 1973 en los que se hacía referencia a esta materia⁹¹. El principal objetivo de la Ley es proteger la explotación familiar agraria y facilitar la incorporación de los agricultores jóvenes a las actividades agrarias. El artículo 2 de la Ley define, a los efectos de la misma, la explotación familiar agraria como el conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular para la producción agraria, primordialmente con fines de mercado, siempre que constituya el medio de vida principal de la familia, pueda tener capacidad para proporcionarle un nivel socioeconómico análogo al

(90) La Exposición de Motivos de la Ley 19/1995, de 4 de julio de 1995, de modernización de las explotaciones agrarias señala que ésta deroga la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, “por no haber tenido apenas aplicabilidad (...) La integración de España en la Unión Europea y la consiguiente adaptación a la normativa comunitaria ha dejado obsoleta la regulación que dicha Ley hace en materia de modernización de explotaciones... por lo que se deroga esta Ley sin perjuicio de rescatar los principios, conceptos y consideraciones específicas que se han estimado útiles, precisando y ampliando su ámbito de aplicación”.

(91) Artículos 32 y 35 cuyo contenido queda parcialmente derogado en los términos que indica la disposición derogatoria única de la Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes.

de otros sectores y reúna los dos requisitos que establece la propia Ley, a saber: que el titular desarrolle la actividad empresarial agraria como principal, asumiendo directamente el riesgo inherente a la misma, y que los trabajos en la explotación sean realizados personalmente por el titular y su familia sin que la aportación de mano de obra asalariada fija, en su caso, supere en cómputo anual a la familiar en jornadas efectivas.

Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias responde al mandato constitucional establecido en el artículo 130.1 de nuestra Carta Magna⁹² y se dicta con el objetivo fundamental⁹³ de “corregir los desequilibrios y las deficiencias estructurales que condicionan la competitividad de las explotaciones agrarias, de modo que la agricultura española pueda afrontar la creciente liberalización de mercados, al tiempo que se aseguren los equilibrios ecológicos básicos y se abren nuevas vías para la obtención de rentas complementarias a los profesionales de la agricultura”. La Ley se publica en un momento en el

(92) “Los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía, a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles”.

(93) Exposición de Motivos de la Ley 19/1995, de 4 de julio, de modernización de las explotaciones agrarias.

que la agricultura española ha hecho frente al difícil reto de la integración en la Unión Europea, incorporándose con normalidad a un mercado mucho más amplio y libre, a la vez que las explotaciones agrarias han sabido adaptarse a una política agraria más compleja y exigente.

Hasta ahora nos hemos referido a la explotación agraria o agrícola, a la que se equipara la industrial o fabril a efectos de poder hacer uso de la facultad otorgada al testador por el artículo 1056 del Código Civil.

Sin embargo la expresión “explotación agraria, industrial o fabril” de la redacción originaria del párrafo segundo del citado precepto es sustituida por otra más genérica, a saber, “explotación económica”, en virtud de la modificación introducida en el mismo por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de sociedad limitada Nueva Empresa.

El anclaje del Código Civil en estructuras económicas, básicamente agrarias, del siglo XIX, que induce normas imperativas de dudosa justificación en nuestros días, ya fue puesto de manifiesto a mediados del siglo XX por diversos civilistas⁹⁴.

(94) Vid. FDEZ-TRESGUERRES GARCÍA. Transmisión mortis causa de la condición de socio, Navarra, 2008, pág 30. citando a ROCA SASTRE, “La necesidad de diferenciar lo rural y lo

Por último es importante tener en cuenta lo establecido en nuestro Código Civil en el artículo 1406.2 según el cual “Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance... 2º. La explotación económica que gestione efectivamente”. La antigua redacción de este precepto, es decir, antes de la modificación introducida por la Ley 7/2003, hablaba de “la explotación agrícola, comercial o industrial que hubiere llevado con su trabajo”.

urbano en el Derecho sucesorio”, AAMN, Tomo I, 1945, pág. 331 y ss; PUIG BRUTAU, “El testamento del empresario”, RDP, 1960, pág. 348 y ss; ROBLES ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, “El principio de conservación de la empresa en la transmisión hereditaria”, RCDI, 1945, pag. 585 y ss; J. DÁVILA “La empresa mercantil individual en la sucesión hereditaria”, AAMN, Tomo III, 1946, pág. 513 y ss

C) Indivisión sobre la titularidad de acciones o participaciones sociales, con la finalidad de mantener el control societario

El texto original del artículo 1056.2 del Código Civil no contemplaba una situación habitual de la realidad económica actual como es la utilización de formas societarias para articular la organización y transmisión de la explotación familiar, situación que presenta ventajas importantes relacionadas con la responsabilidad, organización y fiscalidad de la misma.

Con la reforma de 2003 se actualiza el supuesto de hecho que contiene el citado precepto de manera que ahora la norma contempla no sólo la posibilidad de conservar indivisa la empresa familiar (al menos con carácter inmediato y como consecuencia del fallecimiento del causante) sino también la de mantener el control sobre una única sociedad de capital o sobre un grupo de sociedades de capital. Una de las novedades introducidas por la modificación efectuada en el artículo 1056.2 en virtud de la Ley 7/2003, de 1 de abril, es precisamente la referida a la indivisión sobre la titularidad de acciones o participaciones sociales. Entre las causas que justifican o fundamentan la utilización de la facultad concedida al testador en el artículo 1056 para hacer por sí mismo la partición, junto a

la de “preservar indivisa una explotación económica”, se menciona específicamente otra, a saber: “mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas”. Queda por tanto resuelto el problema derivado de cuestiones planteadas (con anterioridad a la citada reforma) ante el Tribunal Supremo acerca de la posibilidad de aplicar la norma del artículo 1056.2 con el fin de mantener indiviso un paquete de acciones para conservar así el control de la sociedad dentro de la familia⁹⁵.

Desde el punto de vista económico-social el nuevo párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil brinda al testador la posibilidad de preservar indivisa una explotación económica o mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas para evitar la división con la consiguiente desintegración y anulación del correspondiente rendimiento económico o pérdida de control de una o varias sociedades de capital. Desde el punto de vista estrictamente jurídico ofrece al testador la posibilidad de materializar esos deseos de continuidad de la empresa realizando por sí mismo la partición de sus bienes.

(95) Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1958.

El objeto de la facultad particional del artículo 1056.2 puede ser también un conjunto de acciones o participaciones de una sociedad de capital, anónima o limitada, que confiere el control de la sociedad o de un grupo de sociedades. La finalidad de la norma es evidente: se trata de facilitar la continuidad y unidad de la empresa familiar, no sólo individual, sino también cuando ésta se halle estructurada como una sociedad mercantil aislada o un grupo.

La referencia a sociedades de capital no debe entenderse con carácter excluyente pues aunque no sea habitual, una empresa familiar puede revestir la forma de sociedad colectiva o comanditaria, simple o por acciones. También en este caso (siempre que la sociedad no se extinga por muerte del socio colectivo) el testador podrá atribuir las cuotas sociales a uno sólo de los herederos, usando la facultad particional del artículo 1056 párrafo segundo, solución a la que se puede llegar tanto por interpretación extensiva o análoga de los términos “sociedad de capital” como por el hecho de que bajo la forma societaria colectiva o comanditaria existirá siempre una explotación económica en sentido amplio.

Puede resultar llamativa la amplitud de la norma en cuanto atribuye al testador la facultad de atribución a un heredero y el correlativo pago en metálico de las legítimas a los demás herederos forzosos, con el único requisito que el paquete de acciones o participaciones permita mantener el control de la sociedad. Ninguna referencia se hace respecto al objeto de la sociedad y tampoco se requiere que su actividad tenga carácter empresarial. Dado que una sociedad anónima o limitada no tiene por qué tener un objeto mercantil o empresarial, el precepto del artículo 1056.2 resulta de aplicación para cualquier testador, titular de una cantidad de acciones suficiente para conferir el control de la sociedad.

La norma en un sentido literal puede haber ir más lejos de lo realmente querido por el legislador, pero en los términos en los que está planteada la norma, es totalmente posible que el testador cuyo único patrimonio está constituido por el 100 por 100 de una sociedad limitada, la cual a su vez no desarrolla ninguna otra actividad que la de ser titular del domicilio familiar, por ejemplo, pueda atribuir a tenor de lo dispuesto en el artículo 1056.2, la totalidad de tales participaciones con la obligación de pagar en metálico su legítima a los demás hijos, con aplazamiento de cinco años.

Sin tener en cuenta los aspectos formales y fiscales, podría decirse que no existe ninguna diferencia de fondo entre un patrimonio familiar ordinario y una sociedad familiar meramente patrimonial o de tenencia de bienes.

Con la redacción actual del párrafo segundo del artículo 1056, se trata de conservar la unidad de la empresa en interés de la familia; el testador ahora puede atribuir la empresa o las acciones o participaciones a un único adjudicatario, bien lo haga en interés de la familia, bien para asegurar la conservación de la empresa. La desaparición de la referencia al objeto agrícola, industrial o fabril de la explotación, lleva a la consideración de que el interés familiar, como cuestión de hecho de difícil valoración, permite el pago privilegiado de la legítima previsto en el artículo 1056 de sociedades no productivas, incluso meramente patrimoniales.

El bien objeto de protección es una empresa, la nota mercantilista, social y económica se adentra en la esfera individual. Se aprecia fácilmente que la continuidad de la empresa afecta al aspecto individual familiar, pero dado que hay trabajadores, la sociedad se preocupa de ello y por eso se amplía el concepto al de “explotación económica, control de

sociedad de capital o grupo de éstas”. La práctica señala que la generalidad de la actividad empresarial se realiza mediante sociedades mercantiles, por lo que es adecuado abrir el elenco desde el empresario individual al social.

D) Preservación y protección de los derechos de los legitimarios

El ordenamiento jurídico español en el ámbito del Derecho común⁹⁶ se rige por el sistema de legítimas con la consiguiente preservación y protección de los derechos de los legitimarios. Parafraseando a DIEZ SOTO⁹⁷, este sistema “es sin duda una de las principales dificultades que el Código Civil plantea de cara a garantizar la continuidad de las empresas familiares”. En términos similares se manifiesta BATALLA DE ANTONIO⁹⁸ al señalar que “la forma en que es definida (la legítima) por el Cc puede tener efectos perniciosos para la continuidad de la empresa familiar”.

(96) Existen diferencias significativas en relación con la organización del sistema de legítimas entre la regulación establecida en el Derecho Común y la del Derecho Foral. El Código Civil permaneció fiel a la línea marcada por el Derecho castellano, si bien reduciendo las cuotas legitimarias de los descendientes que pasaron de los cuatro quintos a los dos tercios.

(97) Vid. C. M. DIEZ SOTO, “El pago de las legítimas en dinero: un instrumento para planificar la sucesión en la empresa familiar”, en *Revista de Empresa Familiar*, Vol. I, núm.1, mayo 2011, pág. 24.

(98) Cfr. A. BATALLA DE ANTONIO, “La empresa familiar y el análisis del Art. 1056.2º del Cc”, en *El Patrimonio Sucesorio. Reflexiones para un debate reformista* (coord. O. MONJE BALMASEDA), Tomo I, Madrid, 2014, pág. 134.

Podría decirse, sin embargo, que tal dificultad se ve en cierto modo mitigada por la mayor flexibilidad que el legislador otorga al causante en el caso que nos ocupa permitiendo al heredero no sólo pagar la legítima en metálico (incluso con numerario extrahereditario) y aplazar el pago, sino también aplicar cualquier otro medio de extinción de las obligaciones.

La limitación fundamental de la primera ley de la sucesión, es decir, de la voluntad del causante manifestada en testamento, es el respeto debido al sistema de legítimas que rige en nuestro ordenamiento jurídico. A la hora de planificar la sucesión de sus bienes y entre ellos la explotación económica familiar, el testador titular de la misma debe tener en cuenta la obligación que le impone la Ley de dejar parte de su patrimonio a determinados miembros de su familia (legitimarios), quienes, por regla general, tienen derecho a que la parte que les corresponda (legítima) les sea satisfecha en bienes hereditarios⁹⁹ y libre de cualquier gravamen, condición o sustitución. Decimos “como regla general” porque el propio Código Civil admite algunas excepciones a la misma; se permite el pago de la legítima en metálico en determinados supuestos y bajo ciertas condiciones o requisitos previstos por la propia ley¹⁰⁰.

(99) Legítima concebida como “*pars bonorum*”.

(100) Artículos 841 a 847, 821, 829 y 1056.2 del Código Civil.

El artículo 1056.2 del Código Civil contiene una de esas excepciones y aunque se encuentra ubicado en el capítulo relativo a la partición de la herencia¹⁰¹, recoge importantes normas relacionadas con la materia regulada en la sección quinta: “*De las legítimas*” del capítulo II: “*De la herencia*” del mismo título III: “*De las sucesiones*” del libro III: “*De los diferentes modos de adquirir la propiedad*”. De hecho, una de las críticas u observaciones formulada por parte de la doctrina en relación con este precepto es precisamente la relativa a su ubicación dentro del propio Código Civil. Para el profesor LACRUZ BERDEJO¹⁰² el lugar idóneo de la norma contemplada en el artículo 1056 debería haber sido el dedicado a la regulación de las legítimas.

En la partición de la herencia realizada conforme a lo previsto en el artículo 1056 de nuestro Código Civil el testador decide la porción hereditaria que quiere que reciba cada heredero y especifica o determina los bienes que corresponderán a cada uno de ellos. Sin duda estamos ante una manifestación del principio de autonomía de la voluntad, consecuencia del *ius disponendi* que, sin embargo, no está exento de

(101) Capítulo VI “*De la colación y partición*”. Sección segunda “*De la partición*”.

(102) Cfr. C. LASARTE ÁLVAREZ, Derecho de sucesiones. Principios de Derecho civil, tomo séptimo (citando a LACRUZ), Madrid, 2014, pág. 313.

limitaciones o restricciones pues este poder de disposición del testador tiene como límite el respeto debido a las legítimas¹⁰³. A estos efectos se dice que la legítima actúa como un freno a la libertad dispositiva del causante. No obstante, dentro de esta limitación, el causante goza de cierto grado de libertad a la hora de determinar el modo de satisfacer las legítimas. En concreto, dispone de tres alternativas dado que puede hacerlo por vía de legado, de institución de heredero o de donación. Así se desprende de la expresión “por cualquier título” utilizada en el artículo 815 del Código Civil¹⁰⁴. Este precepto hace referencia a la posibilidad que tiene el heredero forzoso de pedir el complemento de la legítima en el supuesto de que el testador no haya respetado íntegramente su derecho a la misma.

(103) La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 1998 (RJ 1998/6395) establece que “el artículo 1056 del Código Civil, totalmente de acuerdo con la tradición jurídica española, faculta al testador para realizar el mismo la partición hereditaria otorgándole amplias posibilidades para ello, pero siempre con absoluto respeto a las legítimas”.

(104) “El heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corresponda podrá pedir el complemento de la misma”.

La expresión del párrafo primero del artículo 1056 “*se pasará por ella en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos*” es interpretada en el sentido de que el respeto a la legítima de quienes tienen derecho a ella es puramente cuantitativo. Si bien en materia de partición rige en general la regla de la igualdad cualitativa *in natura*¹⁰⁵, la doctrina mayoritaria considera que esta regla se aplica siempre que la partición no sea realizada por el propio testador. En tal caso, es decir, cuando el testador es quien practica la partición, parece no existir inconveniente alguno para que se prescinda de lo previsto en el artículo 1061 del Código Civil. En este sentido DOMÍNGUEZ LUELMO¹⁰⁶ defiende la idea de que “el testador puede en todo caso realizar la partición de sus bienes sin sujetarse a las reglas de la posible igualdad entre los coherederos”. De forma similar DE LA CÁMARA¹⁰⁷ manifiesta que “la partición debe ser acatada por los herederos aunque en ella el testador

(105) Esta regla se basa en el principio establecido en el artículo 1061 del Código Civil que se expresa en los siguientes términos “En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad y especie”.

(106) Cfr. A. DOMÍNGUEZ LUELMO, El pago en metálico de la legítima de los descendientes, Madrid, 1989, pág. 48.

(107) Vid. M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Compendio de Derecho Sucesorio, Madrid, 2011, pág. 436.

no se haya atendido a la regla de igualdad cualitativa en la formación de los lotes a que se refiere el artículo 1061 del Código Civil”.

Sin embargo, esta doctrina, aun siendo mayoritaria, no es unánime; interpretación en contra es la formulada por PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS¹⁰⁸. Autores como ESPINAR LAFUENTE y DE COSSÍO¹⁰⁹ declaran que el artículo 1061 del Código Civil únicamente encuentra excepción en el párrafo segundo del artículo 1056 (no en el párrafo primero) por considerar que la expresión “no perjudique” se refiere tanto al aspecto cuantitativo como al cualitativo de la legítima. Para FUENMAYOR CHAMPÍN¹¹⁰ “la legítima debe pagarse, al menos en principio, *in natura*”.

Con independencia del alcance cuantitativo o cualitativo del principio de intangibilidad de la legítima, la facultad otorgada al testador en el artículo 1056 del Código Civil para hacer por sí mismo la partición

(108) Cfr. M. PEÑA BERNARLDO DE QUIRÓS, “La naturaleza de la legítima”, en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre 1985, págs. 849 y ss.

(109) Vid. A. DOMÍNGUEZ LUELMO, El pago en metálico de la legítima de los descendientes (citando a ESPINAR LAFUENTE y DE COSSÍO), Madrid, 1989, pág. 48.

(110) Vid. C. VATTIER FUENZALIDA, El pago en metálico de la legítima de los descendientes, (citando a A. FUENMAYOR CHAMPÍN, “Intangibilidad de la legítima”, en *Anuario de Derecho Civil*, 1948, págs. 46 y ss, especialmente 57-58), Madrid, 2012, pág. 17.

tiene como limitación el respeto debido a los derechos de los legitimarios. El principio de intangibilidad de la legítima queda consagrado en el artículo 813 del Código Civil en los siguientes términos: “El testador no podrá privar a los herederos de su legítima sino en los casos expresamente determinados por la ley¹¹¹. Tampoco podrá imponer sobre ella gravamen, ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo de viudo¹¹² y lo establecido en el artículo 808¹¹³ respecto de los hijos o descendientes judicialmente incapacitados”. El carácter intangible de la legítima queda reforzado con el respeto a la misma que se impone, directa o indirectamente, en otros preceptos¹¹⁴ dispersos a lo largo del propio Código Civil.

(111) Se refiere a los supuestos de desheredación que tiene lugar cuando se produce alguna de las causas previstas por la ley en los términos que se indican en los artículos 848 a 857 del Código Civil.

(112) La regulación del usufructo del viudo se encuentra recogida en los artículos 834 a 840 del Código Civil, bajo la rúbrica “Derechos del cónyuge viudo”.

(113) Artículo 808 “...Cuando alguno de los hijos o descendientes haya sido judicialmente incapacitado, el testador podrá establecer una sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta, siendo fiduciarios los hijos o descendientes judicialmente incapacitados y fideicomisarios los coherederos forzosos”.

En definitiva, el único límite que tiene el testador al hacer la partición de sus bienes conforme a lo previsto en el artículo 1056 es el respeto a la legítima. A tales efectos el testador ha de respetar tanto la norma contenida en el citado artículo 813 como el *quantum* legitimario, si bien la acción de que dispone el legitimario en caso de que el testador viole su derecho a la legítima no es la acción de suplemento del citado artículo 815, sino la de rescisión prevista en el artículo 1075 como veremos en un apartado posterior.

En todo caso, la norma contenida en el artículo 1056 tiene carácter imperativo en el sentido de que obliga a los herederos a pasar por la partición hecha por el testador siempre que ésta respete la legítima. Se atribuye fuerza vinculante a la partición llevada a cabo por el testador. El artículo 1058 del Código Civil¹¹⁵ ratifica dicho carácter

(114) Artículo 763.2. “El que tuviere herederos forzosos sólo podrá disponer de sus bienes en la forma y con las limitaciones que se establecen en la sección quinta de este capítulo” (sección relativa a las legítimas).

Artículo 777. “Las sustituciones de que hablan los dos artículos anteriores, cuando el sustituido tenga herederos forzosos, sólo serán válidas en cuanto no perjudiquen los derechos legitimarios de éstos”.

(115) “Cuando el testador no hubiese hecho la partición ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente”.

imperativo al dar prioridad a la partición testamentaria pero, eso sí, siempre dejando a salvo la legítima. Este es el criterio seguido por la jurisprudencia en sentencias de 6 de marzo de 1945¹¹⁶ y de 4 de febrero de 1994¹¹⁷. En concreto, esta última establece que “... el mandato que contiene dicho precepto 1056 del Código Civil (...) obliga a los herederos a pasar por ella. La norma se presenta como imperativa, lo que refuerza el artículo 1058 que señala la prioridad de la partición testamentaria”.

Antes de profundizar en la materia conviene aclarar que legitimario es el término que se utiliza para referirse a aquella persona que goza del derecho a percibir la legítima, institución definida en el artículo 806 en los siguientes términos: “*Legítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos*”. Por tanto, los legitimarios son personas con derecho a esa parte de la herencia de la que el testador no puede disponer libremente, derecho que nace al tiempo del fallecimiento del testador. La muerte del causante es la que determina el momento en el que surge el derecho del legitimario, el cual, según hemos visto anteriormente, puede ser llamado a

(116) RJ 1945/272

(117) RJ 1994/909

título de heredero, legatario o donatario conforme a lo dispuesto en el citado artículo 815 del Código Civil.

La ley se refiere a los legitimarios empleando la expresión de “herederos forzosos” en los artículos 806, 815, 817 y 1075 entre otros. El propio artículo 1056 emplea el término “herederos forzosos” en el párrafo primero¹¹⁸ mientras que en el párrafo segundo¹¹⁹ opta por el de “legitimarios”.

Tienen la consideración de legitimarios los hijos y descendientes; en su defecto, los padres y ascendientes; y el viudo o viuda en la forma y medida que establece el Código Civil¹²⁰. Respecto a ellos, de manera específica, el Código señala en el artículo 807 que “Son herederos forzosos: 1º Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. 2º A falta de los anteriores, los padres y

(118) “... en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos”.

(119) “... Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia...”.

(120) La referencia se entiende hecha a los artículos 834 a 840 agrupados bajo la rúbrica “derechos del cónyuge viudo” y redactados conforme a la modificación introducida por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio (B.O.E. de 19 de mayo).

ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. 3º El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código”.

Según hemos visto el testador al realizar la partición en los términos previstos por el artículo 1056 del Código Civil se encuentra con la limitación impuesta por el respeto debido a las legítimas de los herederos forzosos. Tal restricción aparece consolidada en el artículo 1075 del mismo cuerpo legal, el cual refuerza la protección de los legitimarios de manera que no solamente reitera el deber de respeto a los derechos de los legitimarios sino que la especifica, estableciendo que en caso de no respetarse, la partición podrá ser impugnada por lesión. Dice así: “La partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador”.

1. Posibilidad de pago en metálico de la legítima

El párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil se configura desde su redacción originaria como una excepción al principio según el cual la legítima debe ser pagada en bienes de la herencia¹²¹. Con carácter extraordinario, se permite el pago de la legítima en metálico bajo la justificación de conservar indivisa una explotación agraria, industrial o fabril.

Hasta la promulgación de la Ley 11/1981, de 13 de mayo¹²², las únicas excepciones a la regla general de pagar la legítima con bienes hereditarios eran, además de la prevista en el artículo 1056.2 del Código Civil, las contenidas en los artículos 821 y 829 del mismo cuerpo legal. Algunos autores también incluyen entre estas excepciones la norma establecida en el artículo 839 del Código Civil.

(121) Principio íntimamente relacionado con la concepción de la legítima como *pars bonorum*, es decir, como “una porción de bienes reservada por la ley” tal y como se recoge en la definición que de la misma ofrece el artículo 806 del Código Civil.

(122) BOE núm. 250, de 19 de mayo de 1981.

El artículo 821 se refiere al legado inoficioso (sujeto a reducción) de una finca que no admita cómoda división disponiendo que ésta quedará para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario para los herederos forzosos; pero aquél y éstos deberán abonarse su respectivo haber en dinero. Conforme a lo dispuesto en este precepto, el legado que tenga por objeto una finca que no admita cómoda división conserva su eficacia aunque sea inoficioso por perjudicar los derechos de los legitimarios. Será en el momento de la liquidación de la herencia cuando se compruebe si existe o no inoficiosidad y en caso de existir, se determinará en qué medida el legado es inoficioso. La valoración de la cosa legada constituye sin duda el principal problema práctico que plantea la aplicación de la norma contenida en el artículo 821 del Código Civil.

La ratio de este precepto, es decir, la intención del legislador, es evitar situaciones en *pro indiviso* entre legitimarios y legatarios cuando el legado sea inoficioso y, por tanto, sujeto a reducción. Los elementos personales que intervienen son los legatarios y los legitimarios estableciéndose una distinción según que el legatario sea o no legitimario. El objeto o elemento real es la cosa legada: “una finca que no admita

cómoda división”. Para DIEZ SOTO¹²³ no hay inconveniente en aplicar por analogía esta norma cuando el legado se refiera a una explotación familiar y la mayoría de la doctrina, VALLET y DOMÍNGUEZ LUELMO¹²⁴ entre otros, admiten “otros bienes, también indivisibles, que no tengan la condición de inmuebles, dada la finalidad perseguida por la norma”.

El artículo 829 regula la mejora en cosa determinada estableciendo que si el valor de la cosa excediere del tercio de mejora y de la parte de legítima¹²⁵ correspondiente al mejorado, deberá éste abonar la diferencia en metálico a los demás interesados. En este caso la ratio de la norma es cuestión discutida entre la doctrina. Algunos autores consideran que depende única y exclusivamente de la voluntad del testador mientras que otros (DOMÍNGUEZ LUELMO y VALLET DE GOYTISOLO) defienden la idea del legislador de evitar situaciones de comunidad cuando el bien sea indivisible. La cosa determinada constituye el elemento real siendo los

(123) Cfr. C. M. DIEZ SOTO, “El pago de las legítimas en dinero: un instrumento para planificar la sucesión en la empresa familiar”, en *Revista de Empresa Familiar*, Vol. I, nº 1, 2011, pág. 25.

(124) Vid. E. GARCÍAS DE ESPAÑA, “Pago en metálico de la legítima: aspectos sustantivos, procesales y registrales”, en *El Patrimonio Sucesorio. Reflexiones para un debate reformista* (coord. O. MONJE BALMASEDA), (citando a VALLET Y DOMÍNGUEZ LUELMO), Tomo I, Madrid, 2014, pág. 849.

(125) Legítima estricta, se entiende.

elementos personales el testador, que es quien podrá ordenar la mejora¹²⁶, y los hijos o descendientes a favor de quienes se establezca la mejora. Al igual que ocurre en el supuesto del artículo 821, la valoración de la cosa no es cuestión baladí dado que es fundamental a efectos de determinar si se excede o no de los límites establecidos por la norma y, en su caso, en qué medida se traspasan dichos límites, pues de ello dependerá la cantidad que deba abonarse en metálico.

La razón que justifica el pago de la legítima en metálico en las situaciones contempladas en ambos preceptos, 821 y 829, es la misma: la indivisibilidad de la cosa. Sin embargo, mientras que el artículo 821 exige dicha indivisibilidad como requisito para su aplicación, el artículo 829 no recoge dicha exigencia y el concepto de “cosa determinada” al que alude es muy amplio, pudiendo incluir incluso explotaciones económicas.

El artículo 839 contempla la posibilidad de que los herederos satisfagan la cuota usufructuaria del cónyuge supérstite asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en

(126) Conforme al artículo 823 del Código Civil “El padre o la madre podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, ya lo sean por naturaleza ya por adopción, de una de las dos terceras partes destinadas a legítima”.

efectivo. No todos los autores hacen referencia a este precepto al estudiar los distintos supuestos de pago en metálico de la legítima. Así por ejemplo, GARCÍAS DE ESPAÑA¹²⁷ únicamente menciona los supuestos regulados en los artículos 841 a 847, 821, 829 y 1056.2.

La doctrina defendió el carácter extraordinario y la excepcionalidad de estos artículos hasta el punto de considerar inadmisibles cualquier situación de pago en metálico de la legítima distinta de la prevista en los preceptos anteriormente mencionados. Estamos ante una excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima¹²⁸, principio según el cual los legitimarios tienen derecho a exigir que para el pago de la legítima se empleen bienes de la herencia. A estos efectos es importante advertir la existencia de una doble vertiente del principio de intangibilidad de la legítima que permite distinguir entre la intangibilidad cuantitativa y la intangibilidad cualitativa.

(127) Vid. E. GARCÍAS DE ESPAÑA, “Pago en metálico de la legítima: aspectos sustantivos, procesales y registrales”, en *El Patrimonio Sucesorio. Reflexiones para un debate reformista* (coord. O. MONJE BALMASEDA), Tomo I, Madrid, 2014, pág. 837.

(128) Vid. B. JORDANO BAREA, “Dictamen sobre abuso de la facultad prevista en el párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil y otras cuestiones”, en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre 1964, pág. 945.

Este panorama de estricta excepcionalidad del pago en metálico de la legítima restringido al ámbito de los artículos citados¹²⁹ cambió a raíz de la regulación contenida en los artículos 841 y siguientes del Código Civil incorporados al mismo en virtud 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. Con la reforma operada por esta Ley se concreta en el Código Civil el principio de igualdad en el seno de la familia en sintonía con el proclamado en el plano constitucional tanto en el ámbito general¹³⁰ como en el relativo al matrimonio¹³¹ y a las relaciones de filiación¹³². Tras la modificación efectuada por los artículos 4 y 6 de la Ley 11/1981, se amplían los supuestos de pago en metálico de la legítima en los términos establecidos en los artículos 841 a 847 del

(129) Artículos 821, 829, 839 y 1056.2 del Código civil.

(130) El artículo 14 de la Constitución proclama el principio general de igualdad en los siguientes términos: “Los españoles son iguales ante ley sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Para un estudio pormenorizado sobre la materia vid. M. L. BALAGUER CALLEJÓN, *Igualdad y Constitución Española*, Madrid, 2010.

(131) Vid. Artículo 32.1 de la Constitución. “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”.

(132) Cfr. Artículo 39.2 de la Constitución. “Los poderes públicos asegurarán (...) la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley, con independencia de su filiación...”.

Código Civil agrupados en la sección octava del capítulo segundo del título tercero del libro tercero, bajo la rúbrica “*Pago de la porción hereditaria en supuestos especiales*”.

Ante la dicotomía entre libertad de testar y protección de los derechos de los legitimarios, el legislador, en esta ocasión, opta por la primera de las alternativas. Sin duda ninguna, la posibilidad de pago en metálico de la legítima se ha ampliado con la incorporación de los artículos 841 a 847 del Código, posibilidad que depende única y exclusivamente de la voluntad del testador. Para la aplicación de estos preceptos, según declara GARCÍAS DE ESPAÑA¹³³ y en contra de la opinión de VATTIER FUENZALIDA, no es necesario alegar indivisibilidad o incómoda división de los bienes¹³⁴, basta la simple voluntad del causante manifestada en testamento.

(133) Vid. E. GARCÍAS DE ESPAÑA, “Pago en metálico de la legítima: aspectos sustantivos, procesales y registrales”, en *El Patrimonio Sucesorio. Reflexiones para un debate reformista* (coord. O. MONJE BALMASEDA), Tomo I, Madrid, 2014, pág. 838.

(134) Como en el caso de los artículos 821 y 829 del Código Civil.

La razón o justificación de estos preceptos es evitar situaciones incómodas derivadas de posibles desavenencias entre los hijos y en definitiva evitar conflictos que podrían bloquear la comunidad hereditaria. El hijo que recibe la legítima en metálico por la vía prevista en estos preceptos no entra a formar parte de la comunidad hereditaria y no puede promover el juicio de testamentaría. Esta misma idea queda entrevelada antes de la promulgación de la Ley 11/1981 en el artículo 840 si bien en tal caso con la finalidad de soslayar las posibles consecuencias adversas derivadas de la coexistencia de hijos matrimoniales y no matrimoniales, miembros de una misma comunidad hereditaria.

GOMA SALCEDO va más allá al hablar de la finalidad de estos preceptos y considera que estamos ante una “quasi desheredación” en el sentido de que el causante, ante la imposibilidad de privar al legitimario de su legítima por no concurrir ninguna de las causas establecidas en la ley¹³⁵, acude a la vía del artículo 841 del Código Civil.

(135) Proclama el art. 848 del Código Civil que “La desheredación sólo podrá tener lugar por alguna de las causas que expresamente señala la ley”. Estas causas se regulan en los artículos 852 a 855 y 756 del Código Civil.

¿A quién se paga la legítima? La respuesta lógica a esta pregunta sería “a los legitimarios” que son quienes tienen derecho a ella, y así se decía en el texto original del párrafo segundo del artículo 1056. Sin embargo, conforme a lo dispuesto en su redacción actual, la atribución de la explotación económica o de las acciones o participaciones sociales a un heredero tiene como efecto compensatorio “el pago en metálico de su legítima a los demás interesados”. Estos son los términos exactos que emplea el vigente artículo 1056.2 del Código Civil. Es importante apreciar que tras la modificación llevada a cabo por la Ley 7/2003, de 1 de abril, se habla de pagar la legítima en metálico “a los demás interesados”. Los demás interesados pueden ser legitimarios o no legitimarios. Si son legitimarios se les pagará en metálico su legítima, pero si no son legitimarios lo que recibirán en metálico, como es lógico, no será la legítima, sino la porción hereditaria correspondiente.

Abordaremos en profundidad este tema y lo trataremos de nuevo más adelante¹³⁶ al estudiar los elementos subjetivos.

(136) En el apartado relativo a la caracterización de la norma contenida en el párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil.

2. Utilización de numerario extrahereditario, con la finalidad de pago.

Una de las cuestiones planteadas por la doctrina a la luz de la redacción inicial del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil fue la admisión o no de dinero no procedente de la herencia para pagar las legítimas correspondientes.

Sin embargo el tema queda resuelto cuando la Ley 7/2003, de 1 de abril, da nueva redacción al citado precepto y entre las novedades introducidas se incluye la posibilidad de realizar el abono de la legítima con metálico extrahereditario. Con la modificación introducida por la Ley 7/2003, para facilitar la sucesión de la empresa, se sacrifica la percepción de la legítima en forma de *pars valoris*¹³⁷ y se describe con detalle cómo se ha de efectuar el pago de la legítima a quienes tienen derecho a ella. Además, a partir de entonces, se admite la posibilidad de abonar el pago de las legítimas con efectivo extrahereditario, con lo que se facilita la

(137) Vid. P. CREMADES GARCÍA, Sucesión *mortis causa* de la empresa familiar: la alternativa de los pactos sucesorios, Madrid, 2014, pág. 54.

aplicación del artículo 1056.2 en el caso en que la empresa que se quiere conservar indivisa, constituya el único bien del patrimonio del testador.

La sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2012 afirma que “el heredero o contador partidario autorizado para pagar las legítimas en dinero, puede hacerlo con dinero no hereditario. Es evidente que cuando el testador ha previsto la posibilidad de conmutación, ha tenido presente un interés más general que el pago de las correspondientes legítimas, como ocurre por ejemplo, en el supuesto del artículo 1056 Cc”.

El pago de la legítima con dinero extrahereditario, en el caso previsto en el párrafo segundo del artículo 1056, presenta el interés económico de ampliar la libertad de testar con el objetivo fundamental de facilitar la transmisión hereditaria de la empresa familiar. Declara LÓPEZ JACOISTE¹³⁸ que “tan grande es el respeto que merece la explotación de las cosas que, en su virtud, se llegan a modificar derechos tan fuertes como son los de los legitimarios. De ahí que la permisión de reducir y

(138) Cfr. T. F. TORRES GARCÍA, “La explotación agrícola familiar: su conservación en la sucesión *mortis causa* del titular. Artículo 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario” (citando a J. J. LÓPEZ JACOISTE, “La idea de explotación en el Código Civil”, en *Revista de Derecho Privado*, 1960, pág. 369), en *Anuario de Derecho Civil*, 1980, pág. 346.

pagar las legítimas en metálico constituyen dentro del sistema español, una medida importante”.

En general se observa que el hecho de que la porción del legitimario se cubra con metálico extrahereditario plantea diversas dudas en cuanto a la posibilidad de considerar a aquél como heredero. En principio, la cuestión quedará resuelta en el testamento, en el que simplemente se aludirá a las legítimas de los no adjudicatarios, debiendo entenderse, que estamos ante legatarios. Pero las dudas surgirán cuando el testador expresamente instituya herederos a todos los legitimarios y adjudique después la explotación a uno de ellos, ordenando el pago en dinero de la legítima de los demás.

Podemos afirmar siguiendo a VALLET¹³⁹ que “el testador que dispone que se pague a un legitimario su mínimo haber legal precisamente en metálico, que ni siquiera se halla en la herencia, sin duda alguna, no quiere atribuirle la posición jurídica de heredero, ni en su aspecto activo ni verosímilmente en su lado pasivo”. Lo de menos es que el designado haya usado la palabra heredero, si no le ha dado a ésta su

(139) Vid. J. VALET DE GOYTISOLO, Apuntes de Derecho sucesorio, op. cit. pág. 217 y 218.

debido significado. Sin embargo, otros autores como DE LA CÁMARA¹⁴⁰, aunque reconocen que el dato de dejar la legítima en dinero es muchas veces suficiente para presumir la intención del testador de no instituir heredero al legitimario, piensan que no hay incompatibilidad entre el carácter de heredero y el hecho de recibir la legítima en metálico extrahereditario. Para DOMINGUEZ LUELMO sí existe tal incompatibilidad. En cuanto a los derechos de los legitimarios en este caso, las opiniones doctrinales son muy distintas; para algunos autores se trata de un simple derecho de crédito, mientras que para otros estamos ante una compensación dineraria que evita la reducción *in natura* por inoficiosidad y que está garantizada por la reserva de *pars bonorum* del artículo 806 del Código Civil. Asimismo se ha mantenido que se trata de un legado de valor puro de herencia, dotado de la garantía establecida en el artículo 15 de la Ley Hipotecaria. También se habla de legado de cantidad¹⁴¹, de legado de dinero¹⁴² y de legado de parte alícuota a satisfacer en dinero, como *pars valoris* garantizada por la reserva de *pars bonorum*. La mayoría de estas opciones son complementarias y no excluyentes. DOMÍNGUEZ LUELMO considera que estamos ante un

(140) Cfr. DE LA CÁMARA, op. cit., 2011, pág. 731.

(141) Concretamente de dinero, fijado en relación con una cuota de herencia.

(142) Configurado como una carga real que recae sobre los bienes hereditarios.

legado de cantidad, pagadero en dinero, y a fijar con arreglo al valor que tengan los bienes en el momento de la liquidación.

3. Aplazamiento del pago: requisitos y garantías.

El pago de la legítima puede efectuarse en un único momento, tras la apertura de la sucesión, que es cuando la partición hecha por el testador tiene eficacia real directa, o en un momento posterior, en un plazo no superior a cinco años¹⁴³, según establece el párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil como novedad en su redacción actual dada por la modificación introducida en virtud de la Ley 7/2003, de 1 de abril.

La orden establecida en el artículo 1056.2 en cuanto aplazamiento debe de ser cumplida inmediatamente que sea aceptada la herencia por el adjudicatario, como se ha indicado anteriormente en un plazo máximo de cinco años a contar desde el fallecimiento del testador, pero sólo a los efectos del pago de la legítima a los demás interesados, en el caso de abono mediante metálico aun no existente en la herencia o con efectivo extrahereditario.

El plazo puede ser inferior a los cinco años señalados y lo será al arbitrio del causante. Observamos que no se señala un plazo para la

(143) A contar desde el fallecimiento del testador.

entrega de la explotación mercantil, lo cual supone una laguna en la norma pues parece que debiera ser integrada inmediatamente, reservándose el plazo exclusivamente para el pago de los derechos a los demás interesados. El legislador se ha inclinado por la defensa del interés de la empresa en perjuicio del interés de los legitimarios.

Además no tiene que depender de la financiación externa, ya que con el pago de dinero extrahereditario que posee el adjudicatario y el aplazamiento del pago (máximo cinco años) se consigue que el adjudicatario se financie el metálico de los legitimarios con los rendimientos obtenidos con la explotación económica. Esta medida favorece la conservación y continuación de la empresa.

El plazo deberá ser de caducidad ya que es de la misma naturaleza del plazo del artículo 844.2 del Código Civil. Respecto a este aplazamiento del pago concedido por el testador, nada se establece en cuanto a los intereses, aunque aquí, a pesar de no considerar aplicable la normativa del artículo 841 y siguientes como supletorios, sí nos vendría bien tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 847 *in fine* del Código Civil según el cual *“desde la liquidación, el crédito metálico devengará el interés legal”*.

Entendemos que la exclusión del plazo de comunicación establecido en el artículo 844.1 del código Civil que se realizar en el artículo 1056.2 del mismo cuerpo legal se refiere exclusivamente a la partición realizada en los términos de ese segundo párrafo del artículo 1056 y no del primero, con lo cual se aplicaría para la partición verificada conforme al artículo 1056.1 el plazo de un año mencionado en el artículo 844 del Código Civil.

El artículo 844 atribuye a los perceptores del metálico las garantías de los legatarios de cantidad, aplicándose lo previsto en los artículos 48 a 54 y 87 de la Ley Hipotecaria, que les faculta para obtener anotación preventiva sobre cualesquiera bienes inmuebles de la herencia. Sin embargo, los legitimarios apartados de los bienes pueden también utilizar la mención legitimaria del artículo 15¹⁴⁴ de la Ley Hipotecaria o acudir al

(144) Artículo 15.

Los derechos del legitimario de parte alícuota que no pueda promover el juicio de testamentaría 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.

La asignación de bienes concretos para pago o su afección en garantía de las legítimas, se hará constar por nota marginal.

Las referidas menciones se practicarán con los documentos en cuya virtud se inscriban los bienes a favor de los herederos, aunque en aquéllos no hayan tenido intervención los legitimarios.

Las disposiciones de este artículo producirán efecto solamente respecto de los terceros protegidos por el artículo treinta y cuatro, no entre herederos y legitimarios, cuyas relaciones se regirán por las normas civiles aplicables a la herencia del causante.

Contra dichos terceros los legitimarios no podrán ejercitar otras ni más acciones que las que se deriven de las menciones referidas, a tenor de las reglas que siguen:

a) Durante los cinco primeros años de la fecha de la mención, quedarán solidariamente afectos al pago de la legítima todos los bienes de la herencia en la cuantía y forma que las leyes determinen, cualesquiera que sean las disposiciones del causante o los acuerdos del Comisario, Contador-Partidor o Albacea, con facultad de partir, heredero distributivo, heredero de confianza, usufructuario con facultad de señalar y pagar legítimas u otras personas con análogas facultades, nombrados por el causante en acto de última voluntad contractual o testamentaria.

Esta mención quedará sin efecto y se estará a lo dispuesto en los números segundo y tercero de la letra b) del presente artículo, si el legitimario hubiese aceptado bienes determinados o cantidad cierta para pago de dichas legítimas o concretado su garantía sobre uno o más inmuebles de la herencia.

b) Transcurridos los cinco primeros años de su fecha, los efectos de la mención serán los siguientes:

Primero. Cuando el causante, o por su designación las personas expresadas en el párrafo primero del apartado a), no hubieran fijado el importe de dichas legítimas, ni concretado su garantía sobre ciertos bienes inmuebles, ni asignado bienes determinados para el pago de las mismas, continuará surtiendo plenos efectos la mención solidaria expresada en la letra a) precedente, hasta cumplidos veinte años del fallecimiento del causante.

Segundo. Cuando las mismas personas se hubieren limitado a asignar una cantidad cierta para pago de las legítimas, quedarán solidariamente sujetos a la efectividad de las mismas todos los bienes de la herencia, durante el plazo antes indicado. No obstante, si dentro de los cinco años siguientes a su constancia en el Registro de la Propiedad, los legitimarios no hubieren impugnado por insuficiente tal asignación, transcurrido que sea este plazo podrá cancelarse la mención solidaria expresada en el apartado a) siempre que justifique el heredero haber depositado suma bastante en un establecimiento bancario o Caja oficial, a las resultas del pago de las legítimas en la cantidad asignada y de sus intereses de cinco años al tipo legal.

artículo 80.2 del Reglamento Hipotecario que constituye una especificación del artículo 15 LH para el caso concreto regulado en los artículos 841 y siguientes del Código Civil. Las anteriores garantías sólo se refieren a bienes inmuebles.

Tercero. Cuando las supradichas personas hubieren asignado bienes ciertos para el pago de las legítimas, o concretado la garantía de las mismas sobre bienes determinados, el legitimario solamente podrá hacer efectivos sus derechos sobre dichos bienes en la forma que disponga el correspondiente título sucesorio o acto particional.

Cuarto. Cuando el causante hubiere desheredado a algún legitimario o manifestado en el título sucesorio que ciertas legítimas fueron totalmente satisfechas, se entenderá que los legitimarios aludidos aceptan respecto de terceros la desheredación o las manifestaciones del causante si durante el plazo determinado en el apartado a) de este artículo no impugnaren dicha disposición.

Dentro de los plazos de vigencia de las menciones por derechos legitimarios, los herederos podrán, sin necesidad de autorización alguna, cancelar hipotecas, redimir censos, cobrar precios aplazados, retrovender y, en general, extinguir otros derechos análogos de cuantía determinada o determinable aritméticamente, que formen parte de la herencia, siempre que el importe así obtenido o la cantidad cierta o parte alcuota del mismo que conste en el Registro como responsabilidad especial por legítimas, afectante al derecho extinguido, se invierta en valores del Estado, que se depositarán, con intervención del Notario, en un establecimiento bancario o Caja oficial, a las resultas del pago de las legítimas.

Los depósitos a que hacen referencia el párrafo anterior y el número segundo, letra b) de este artículo, podrán ser retirados por los herederos transcurridos veinte años, a contar desde el fallecimiento del causante, siempre que no hubieren sido aceptados o reclamados por los legitimarios dentro del plazo indicado.

Las menciones reguladas en los números primero, segundo y tercero del apartado b, caducarán sin excepción cumplidos veinte años desde el fallecimiento del causante.

Los bienes hereditarios se inscribirán sin mención alguna de derechos legitimarios, cuando la herencia tenga ingreso en el Registro después de transcurridos veinte años desde el fallecimiento del causante.

Para GONZÁLEZ PALOMINO¹⁴⁵ los legitimarios del artículo 1056.2 del Código Civil podían promover juicio de testamentaría de manera que su posición jurídica quedaba garantizada por esa vía sin que les fuera aplicable el artículo 15 de la Ley Hipotecaria que quedaba reservado como garantía de las legítimas catalanas y forales. Esta postura doctrinal fue minoritaria.

La gran mayoría de los autores considera de aplicación a los legitimarios del artículo 1056.2 el contenido de lo dispuesto en el artículo 15 LH por admitir que la partición ya había sido efectuada por el testador y, por tanto, los legitimarios no podían pedir juicio de testamentaría. Para gozar de la garantía prevista en el artículo 15 de la Ley Hipotecaria es necesario que concurren los siguientes requisitos, a saber: que se trate de un legitimario de parte alícuota, que el heredero se halle autorizado para pagar las legítimas en metálico a los demás interesados y que el legitimario no pueda promover el juicio de testamentaría.

(145) Vid. J. GONZÁLEZ PALOMINO, Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio, op. cit., págs. 503 y ss.

En la aplicación del artículo 15 LH se ha de tener en cuenta que la mención¹⁴⁶ del derecho del legitimario será de oficio, al tiempo de la inscripción y sobre inmuebles de la empresa. Se hace constar con la inscripción de los inmuebles de la empresa formando parte de la propia inscripción y sirve de garantía para cobrar la legítima, ya que el tercero oneroso es advertido de la afección del inmueble al pago de la misma.

Durante los cinco primeros años desde la fecha de la mención, quedan afectos solidariamente al pago de la legítima todos los bienes de la herencia en la cuantía correspondiente. Una vez que han transcurrido los cinco primeros años desde su fecha, si no se hubiera fijado el importe de las cuantías o concretado la garantía sobre ciertos bienes inmuebles, continuará surtiendo efectos la mención solidaria hasta cumplidos veinte años desde el fallecimiento del causante. Si se han concretado las garantías en bienes inmuebles determinados, continuará surtiendo efecto la mención sobre ellos durante veinte años a contar desde la muerte del causante. Si no se han concretado y se fijaron las cantidades, surtirá efecto la mención sobre toda la herencia por esa cantidad hasta veinte

(146) La mención legitimaria puede ser concreta o abstracta. Concreta, cuando están cuantificadas las legítimas, pero aún no han sido pagadas; y abstracta, si publica que el testador ha salvado los derechos de los legitimarios sin cuantificarlos, de manera que se confunde casi con las cláusulas particionales.

años desde el fallecimiento del causante. Si la asignación-concreción de bienes para pago de legítima fuera insuficiente, puede ser impugnada en cinco años desde la fecha. Se cancela si, transcurridos cinco años no se impugnó y se depositó cantidad suficiente en establecimiento bancario.

La garantía es el carácter real del derecho del legitimario que se hace eficaz sobre bienes inmuebles de la herencia mediante la mención del artículo 15 de la Ley Hipotecaria y la de los artículos 80.2 y 85 del Reglamento que lo desarrolla.

Lo visto hasta ahora es aplicable al caso en que la partición efectuada por el testador se hubiese realizado en regla, de manera que los legitimarios garantizan sus derechos sobre inmuebles de de la empresa inscritos a favor del adjudicatario. Ahora bien, si el testador se limita a ordenar la adjudicación de la empresa como una simple norma de partición, instituyendo herederos y legatarios, e indicando que a uno de estos, le sea adjudicada la empresa, entonces, según RUEDA ESTEBAN¹⁴⁷, “no cabe aplicar las garantías que hemos expuesto antes, ya que aquellas son para el caso de partición y en este caso no ha sido aun realizada ni siquiera por el testador. Es preciso practicar la partición y liquidación de la

(147) Vid. RUEDA ESTEBAN, “La reforma del párrafo segundo del artículo 1056”, AAMN, tomo XLIV, 2003, págs. 89.

herencia y por lo tanto, ni el destinatario de la explotación puede considerarse aun dueño de la misma, ni están fijadas ni pagadas las legítimas. Las garantías en este caso son todas las de un legitimario, heredero o legatario antes de la partición, a saber: que la adjudicación no se haga hasta que se practique la partición, iniciar el juicio de testamentaría...”.

4. Eventual utilización de otros medios de extinción de las obligaciones de pago de las legítimas.

El artículo 1056.2 del Código Civil en su redacción actual prevé, como medio para dar cumplimiento al principio general que venimos comentando del respeto debido a los derechos de los legitimarios, la posibilidad de que el adjudicatario de la explotación económica utilice para el pago de las legítimas “cualquier otro medio de extinción de las obligaciones”. Por tanto, se hace necesaria la remisión al contenido del artículo 1156 del mismo cuerpo legal donde se mencionan como modos de extinción de las obligaciones, junto al pago o cumplimiento, los siguientes: pérdida de la cosa debida, condonación de deuda, confusión de derechos, compensación y novación.

Respecto del pago o cumplimiento propiamente dicho se hará en dinero, que es la especie ordenada por el testador. No obstante, una vez determinado el importe de la deuda en dinero, no existe ningún obstáculo para que aquel pueda hacerse efectivo mediante la cesión de otros bienes propios del heredero, para lo cual se requiere, entre otras exigencias, el consentimiento del legitimario acreedor.

Este artículo 1056.2 del Código Civil admite, como ya hemos visto, el pago en metálico, permitiendo abono con efectivo extrahereditario. Este es el modo normal de extinción de la obligación de pago de la legítima, el cual presenta ciertas especialidades, a saber:

- La aplicación de lo establecido en el párrafo segundo del artículo 1170¹⁴⁸ del Código Civil admitiendo pagarés, letras de cambio¹⁴⁹ u otros documentos mercantiles para el pago, será aceptable siempre que su realización no vaya más allá del plazo, señalado por el testador o el contador partidor, para el pago. Se emplean por lo tanto, otros medios de pago, si bien, algunos de ellos necesitarían del acuerdo con los legitimarios.

- El pago por cesión de bienes tendrá lugar cuando resulte de convenios entre el adjudicatario y los otros interesados y se registrá conforme a lo establecido en el artículo 1175 del Código Civil.

(148) El artículo 1170.2 del Código Civil dispone que “la entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor, se hubiesen perjudicado. Entretanto, la acción derivada de la obligación primitiva, quedará en suspenso”.

(149) La letra de cambio actualmente a penas es utilizada, ha perdido la confianza del tráfico y no parece ser un medio de pago muy seguro.

- Se aplicarán, en su caso, las normas sobre imputación de pagos¹⁵⁰, ofrecimiento y consignación¹⁵¹ previstas en el propio Código.

El favorecido con la designación testamentaria es el obligado al pago y serán acreedores los demás interesados o legitimarios. En el caso de ser varios los favorecidos, la obligación sería solidaria en virtud del artículo 1084 del Código Civil, puesto que la partición está hecha por el testador en contra del criterio general de la mancomunidad de las obligaciones del artículo 1137 del Código Civil. Se aplicará por tanto el artículo 1143 del mismo cuerpo legal.

La pérdida de la cosa debida¹⁵², otra de las formas de extinción de las obligaciones, no resulta aplicable al caso que nos ocupa, puesto que no se produce el efecto del pago sino cuando haya sido efectiva la legítima. En relación con la obligación de pago de legítimas no será nunca posible su extinción por pérdida de la cosa, ya que el dinero es cosa genérica. En el supuesto de dación pueden contemplarse dos situaciones distintas, a saber: si la cosa que ha de entregarse en pago de la legítima se pierde antes de la entrega, no se produce efecto de pago, y si se

(150) Artículos 1172 a 1174 del Código Civil.

(151) Artículos 1176 a 1181 del Código Civil.

(152) Artículos 1182 a 1186 del Código Civil.

pierde después, corre el riesgo el legitimario, sin perjuicio de las acciones de saneamiento que correspondan.

En cuanto a la condonación, ésta sí cabe en el supuesto del artículo 1056.2 del Código Civil, siendo aplicables los artículos 1187 a 1191 del mismo cuerpo legal y por tanto, teniendo en cuenta que se someterá estrictamente a los requisitos establecidos en el artículo 1187, tanto respecto a las normas de las donaciones inoficiosas como a las formas de la donación. No obstante, según manifiesta SERRANO CHAMARRO¹⁵³, “la condonación no es trasladable al ámbito sucesorio, en el cual lo que cabe, en rigor, no es la dispensa del cumplimiento sino la repudiación”.

La confusión de derechos¹⁵⁴ entre el heredero obligado y el legitimario puede llegar a producirse en algún caso, por ejemplo en el caso de que éste fallezca antes de cobrar en metálico su legítima y le suceda como único heredero el obligado al pago.

La compensación¹⁵⁵ es la situación más frecuente dado que es habitual que las empresas familiares tengan créditos contra algunos de

(153) Vid. M.E. SERRANO CHAMORRO, “Problemas sucesorios de transmisión de la empresa familiar”, RCDI num. 747, pág. 122.

(154) Artículos 1192 a 1194 del Código Civil.

(155) Artículos 1195 a 1202 del Código Civil.

los hijos de su titular y en el momento de la sucesión tales créditos podrán ser compensados por el adjudicatario con el pago de sus legítimas. Se trata de una posibilidad más para el testador, el cual en vida puede hacer anticipos de sus derechos a los hijos extraños a la empresa, para en el momento de la sucesión facilitar al adjudicatario la liquidación de esta.

La novación¹⁵⁶ ya forma parte de los acuerdos entre el adjudicatario y demás interesados que se puedan hacer, incluso alargándole plazo de satisfacción con los pactos oportunos sobre intereses moratorios e incluso aplazamientos y esperas para el pago. La novación puede suponer la extinción de la obligación y el nacimiento de otra nueva, o bien una simple modificación de sus elementos manteniéndose la identidad del vínculo obligatorio, según se trate de novación extintiva o modificativa.

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

(156) Artículos 1203 a 1213 del Código Civil.

5. Forma de pago de las legítimas.

En principio, el pago de las legítimas, de acuerdo con del principio general del artículo 806 del Código Civil (*pars bonorum*), se efectuará con bienes de la herencia, siempre y cuando en el caudal hereditario existan bienes distintos a la explotación económica que se quiere conservar. Esta es la forma genuina de pago de la legítima a los demás interesados que, en tal caso, se realizará mediante otros bienes de la herencia que no formen parte de la empresa familiar. Se aplica, por tanto, la disposición general establecida en el párrafo primero del artículo 1056: “se pasará por ella”, es decir, se llevará a cabo la partición respetando la voluntad del testador. En este supuesto el contenido del párrafo segundo del artículo 1056 tendría carácter supletorio.

Ahora bien, cuando en el caudal hereditario no existan otros bienes diferentes a la explotación económica que se quiera preservar indivisa, la forma natural de pago de las legítimas es el pago en metálico. El artículo 1056 del Código Civil tan solo hace alusión a que se pague en metálico la legítima a los demás interesados, sin otra regulación al respecto que la permisión del abono de las legítimas en diversas formas (efectivo extrahereditario, aplazamientos no superiores a cinco años, cualquier

medio de extinción de las obligaciones y por supuesto, si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia.

En consonancia con las facultades conferidas al testador para que se cumpla sin obstáculos su adjudicación, se excluye de la partición así realizada la aplicación de las garantías concedidas por el artículo 843 del Código Civil¹⁵⁷, ni las establecidas en el artículo 844.1 del mismo cuerpo legal¹⁵⁸.

El artículo 1056 no especifica cómo se valoran las cuotas de los perceptores del metálico, ni quién debe de realizar la correspondiente valoración. Si se considera que el derecho de éstos es una *pars valoris bonorum*, es preciso realizar una valoración adecuada de la explotación económica, que normalmente agotará el caudal hereditario, lo cual nos dará la medida de las cantidades a pagar con arreglo a las legítimas individuales que correspondan a cada uno. Los destinatarios del metálico no tienen que recibir necesariamente unas cantidades idénticas porque, una vez obtenida la base de cálculo de la legítima con arreglo al artículo 818 de Código Civil, es preciso efectuar las correspondientes operaciones

(157) No será necesaria la autorización judicial.

(158) Comunicación a perceptores en el plazo de un año y garantías del legatario de género o cantidad.

de imputación de lo que cada uno de ellos haya recibido por vía de donación o legado.

Por otro lado, los legitimarios deben participar de las alteraciones de valor de la explotación económica hasta que se fije la cuantía que han de percibir. El hecho de que quedan excluido *ab initio* de la comunidad hereditaria impide defender que el importe de o adeudado se refiere a un valor variable, referido al que tenga la explotación económica en el momento en que se lleve a cabo la liquidación. Hasta ese momento existe una deuda de valor a cargo del adjudicatario, valor que opera en sustitución de la cuota legitimaria a que va referido. De forma similar a lo previsto en el artículo 847 del Código Civil habrá que entender que, una vez fijadas las cantidades a pagar, hasta que se produzca el pago efectivo en el plazo que señala el artículo 1056.2 del Código Civil, tales cantidades devengan el interés legal.

La fijación de las cantidades a pagar debe realizarse, en principio, de común acuerdo entre el adjudicatario de la explotación económica y los demás legitimarios. En caso de no llegar a un acuerdo, se podría acudir al correspondiente proceso declarativo.

Nada impide al propio testador realizar la valoración de la explotación económica o establecer los criterios sobre la manera de

realizar la valoración de la misma ya que nadie mejor que él conoce las condiciones de la explotación que transmite. También podrá realizarse la valoración por un contador-partidor cuya misión no sería la de partir, sino exclusivamente la de contar e incluso los propios interesados podrían nombrar a un tercero para que proceda a valorar las correspondientes cuotas.

Teniendo en cuenta que no se precisa la existencia de metálico en la herencia para proceder al pago de las legítimas, y considerando el rendimiento futuro de la explotación, el testador puede establecer un aplazamiento del abono de las legítimas no superior a cinco años a contar desde la apertura de la sucesión. La fijación del plazo, con el mismo límite de los cinco años, se atribuye también al contador partidor. En cualquier caso, según manifiesta DOMÍNGUEZ LUELMO¹⁵⁹ los interesados, de común acuerdo, pueden ampliar dicho plazo.

El pago o cumplimiento es la primera de las formas de extinción de las obligaciones mencionadas en el artículo 1156 del Código Civil. Dado que la enumeración efectuada en dicho precepto no es taxativa, la obligación de pago del adjudicatario de la explotación económica podrá extinguirse por cualesquiera otros medios en virtud del principio de

(159) Vid. DOMÍNGUEZ LUELMO, op. cit., pág. 152

autonomía de la voluntad de las partes. A estos efectos, RUEDA¹⁶⁰ señala las siguientes posibilidades:

- Un padre adjudica la explotación a uno de los hijos para que, con los beneficios procedentes de la explotación, haga 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 de la sociedad, que controlará el adjudicatario de la explotación económica.
- Encargo al adjudicatario para que en el plazo de cinco años adquiera inmuebles para los demás interesados (inmuebles que podrá adquirir con los 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 o por el contador-partidor designado por él, puesto que en caso contrario, y a tenor del artículo 1056 párrafo segundo del Código Civil “si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia”.

(160) Cfr. RUEDA ESTEBAN, op. cit., pág. 139

CAPÍTULO III

SOBRE LA NATURALEZA Y FUNDAMENTO JURÍDICO DE LA NORMA: *RATIO* DEL PRECEPTO LEGAL.

La potestad que el actual artículo 1056 del Código Civil confiere al testador para hacer por sí mismo la partición de sus bienes tiene un fundamento legal objetivo: mantener indivisa una explotación económica familiar, su gestión y titularidad, para que siga siendo útil a la propia familia y a la economía en general¹.

El presupuesto de esta facultad del testador en la partición es la existencia de una explotación económica o de una sociedad de capital (o varias que formen un grupo de sociedades de esta clase) cuyo control quiera conservar el testador. La explotación económica se adjudica a una persona (o a varias) excluyendo a los otros legitimarios (o a todos los legitimarios si el heredero adjudicatario no tuviese la condición de tal

(1) Las empresas familiares tienen especial trascendencia para la economía general de un país tanto por su contribución al PIB como por jugar un papel fundamental en el ámbito laboral como generadoras de empleo.

legitimario) porque el disponente quiere que se conserve indivisa en interés de la familia o en aras a la continuidad de la empresa.

La ratio legis de la norma, en su redacción original, es decir, antes de la reforma de 2003, tiene por objeto, en interés de la familia, la conservación de una explotación agraria, industrial o fabril, cuyo valor se vería seriamente dañado en caso de división. El artículo 1056.2 del Código Civil recoge la doctrina de los artículos 821 y 829 del mismo cuerpo legal y además, sin exigir licitación a las explotaciones agrícolas, industriales o fabriles que el padre, en interés de la familia, no quiere dividir. Es decir, su peculiaridad consiste en considerar como cosas que no admiten cómoda división a dichas empresas, aunque se integren con elementos materiales divisibles, dejando al juicio del padre la decisión de no estimarse divisible, juzgándolo conforme a su criterio personal y su apreciación del interés de la familia a este respecto.

El párrafo primero del precepto se refiere a todo testador, aunque distinga la eficacia de la partición respecto de los herederos voluntarios y de los herederos forzosos, que sólo deben pasar por ella en cuanto no perjudique a su legítima; sin embargo, el párrafo segundo hace referencia al padre, es decir, a quien tienen descendientes legitimarios,

atribuyéndose la explotación sin salirse de ellos. Esto no significa que no pueda dejar indivisas las explotaciones, cualquiera que sea su clase, quien no tenga sino herederos voluntarios; más bien al contrario dado para él no existe ninguna dificultad. Esta sólo podría plantearse para quien tenga descendencia a causa del contenido cualitativo de las legítimas, especialmente salvadas en el párrafo primero del artículo que estamos comentando. En efecto, la legítima no podía ser satisfecha sin la aquiescencia de los legitimarios con metálico extrahereditario, fuera de los supuestos especiales contemplados los artículos 821, 829 y 1062 del propio Código Civil. Por tanto, resultaba oportuno y conveniente la especialidad contenida en este párrafo segundo que, en cierto modo, extiende la norma de considerar en la partición como cosas indivisibles a objetos que no constituyen una unidad física, sino económica.

En su redacción dada por la Ley 7/2003, de 1 de abril, la ratio del precepto legal que estamos estudiando es la conservación de la empresa que debe ser interpretado juntamente con la finalidad de la Ley que es conseguir la sucesión en la empresa como unidad individual y que esta sucesión recaiga en algún miembro del “círculo familiar”, aunque sea un tercero extraño a la familia.

La palabra “empresa” es lo suficientemente amplia como para comprender cualquier organización económica familiar en la que pueda ser conveniente mantener su unidad de explotación. Sin embargo no se han previsto medidas tendentes a evitar que el adjudicatario, una vez que tras la muerte del testador pague a los legitimarios lo que les corresponda y adquiera la propiedad de la explotación económica, disponga de ésta de manera que proceda a la enajenación de la empresa, con lo cual la finalidad fundamental que persigue la norma quedaría frustrada. Difícilmente podrá el testador imponer limitaciones a tal facultad de disposición sin violar el principio del respeto debido a los derechos de los legitimarios y sin saltarse la prohibición de gravar la legítima (principio de intangibilidad de la legítima). En todo caso, el precepto que estudiamos protege el interés aludido y cumple, en sede particional, con la finalidad propuesta por la norma, es decir, el artículo 1056.2 del Código Civil impide que la explotación económica quede dividida y se desintegre como consecuencia de la partición, pero no va más allá.

CAPÍTULO IV

CARACTERIZACIÓN DE LA NORMA

El análisis exhaustivo de la norma contenida en el párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil, en lo que a su caracterización se refiere, lleva necesariamente al estudio de los elementos que intervienen en la misma; estudio que realizaremos siguiendo el esquema clásico basado en la distinción entre elementos personales o subjetivos, elementos reales u objetivos y elementos formales de la disposición testamentaria.

En este apartado también haremos una especial referencia a la imputación, conmutación y reducción de las legítimas dada la transcendencia esencial de la misma como consecuencia de la aplicación de la facultad concedida al testador en el artículo 1056 y analizaremos asimismo la posible utilización de pactos sucesorios para la protección y conservación de la explotación económica familiar. Para concluir, haremos una obligada alusión a los aspectos fiscales de la transmisión y su contribución a la subsistencia de las empresas familiares.

A) Elementos personales o subjetivos.

La descripción de los elementos personales o subjetivos propios de la norma contenida en el artículo 1056.2 de nuestro Código Civil exige establecer una clara diferencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo¹ o más bien, entre el sujeto activo y los sujetos pasivos, en plural, pues el sujeto activo es único pero el sujeto pasivo es doble o múltiple.

El sujeto activo hace referencia a la persona que puede hacer uso de la facultad reconocida en el artículo 1056 del Código Civil, es decir, la persona que puede realizar por sí misma la partición conforme a la norma contenida en dicho precepto. Según la redacción originaria, el único sujeto activo de la partición prevista en dicho precepto era el padre² y no

(1) Seguimos aquí la tradicional distinción entre sujeto activo y pasivo, si bien algunos autores en el estudio del ámbito subjetivo de la norma han preferido prescindir de tal distinción enumerando como sujetos intervinientes los tres siguientes: el ordenante, el favorecido con la atribución o beneficiario y los interesados. Vid. A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, *Transmisión mortis causa de la condición de socio. Un estudio en la sociedad limitada familiar*, Navarra, 2008, pág. 265.

(2) La mayoría de la doctrina, sin embargo, admitió como sujeto activo a cualquier ascendiente, no sólo al padre. Vid. M. L. PALAZÓN GARRIDO, “La conservación de la empresa familiar a través de la facultad contemplada por el nuevo artículo 1056, párrafo segundo del Código

cualquier padre, sino aquel que lo fuera de varios hijos, dado que en otro caso no se plantearía ninguna dificultad pues sólo existiría un único heredero forzoso. De acuerdo con la nueva redacción del párrafo segundo del artículo 1056 introducida por la Ley 7/2003, de 1 de abril, existe un único sujeto activo: el testador que hace la partición, o lo que es lo mismo, el testador-partidor³. Con la sustitución de la palabra “padre” por la de “testador” desaparecen los problemas de interpretación derivados de la redacción anterior.

La capacidad que se exige al testador para poder hacer la partición conforme a la facultad consagrada en el artículo 1056 es la necesaria para otorgar testamento⁴ y no la general para obligarse o celebrar cualquier contrato, tal y como manifiestan los profesores J. L. DE LOS

Civil” (citando a A. DOMÍNGUEZ LUELMO, El pago en metálico de la legítima de los descendientes, Madrid, 1989, pág.49) en Protección del Patrimonio Familiar (coord. F. J. SÁNCHEZ CALERO y R. GARCÍA PÉREZ), Valencia, 2006, pág. 313. También la jurisprudencia lleva a cabo una interpretación amplia o extensiva de este precepto en su redacción originaria.

(3) Vid. A. HUERTA TRÓLEZ, “La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio”, en *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio 2004, pág. 124.

(4) Sobre la capacidad para disponer por testamento en el ámbito del Derecho común, ver artículos 662 a 666 del Código Civil.

MOZOS⁵ y ROCA SASTRE⁶. En principio todos los testadores están autorizados para llevar a cabo este tipo de partición. En el caso de personas que padezcan algún tipo de discapacidad (ciegos, sordos, etc...) se aplicarán las normas específicas que respecto de ellas establece nuestro ordenamiento jurídico⁷ atendiendo a la modalidad del testamento que se otorgue. Así, por ejemplo, los ciegos y los que no sepan o no puedan leer, no podrán realizar la partición mediante otorgamiento de testamento cerrado pero sí podrán hacerla empleando testamento abierto.

Además es importante tener presente que en el ámbito del Derecho común, en el que se centra nuestro estudio, la partición del testador ha de ser personal puesto que el testamento tiene carácter personalísimo⁸ y no se admiten las particiones hechas de forma conjunta, dada la prohibición

(5) Cfr. J. L. DE LOS MOZOS, “La partición de herencia por el propio testador”, en *Revista de Derecho Notarial*, Madrid, 1960, págs. 211 y ss.

(6) Vid. J.L. DE LOS MOZOS, “La partición de la herencia hecha por el propio testador” (citando a ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado II*, Madrid, 1948, pág.380), en *Revista de Derecho Notarial* núm. 27, Madrid, 1960, pág. 211.

(7) Artículo 708 del Código Civil: “No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer”.

(8) Dice el artículo 670 del Código Civil que “El testamento es un acto personalísimo...”.

de los testamentos mancomunados contenida en diversos preceptos⁹ del Código Civil. A estos efectos es interesante el estudio realizado por el profesor CUADRADO IGLESIAS¹⁰ en relación con el alcance de tal prohibición.

El sujeto pasivo, sin embargo, no es único sino doble. Entre los sujetos pasivos se incluye, por un lado, al adjudicatario de la explotación económica cuya conservación justifica la aplicación de la facultad concedida al testador en el párrafo segundo del artículo 1056, y por otro lado, a los “demás interesados” en la herencia del testador.

Respecto al adjudicatario o persona favorecida con la atribución de la explotación, atendiendo exclusivamente a la literalidad del antiguo artículo 1056.2 parece que ha de ser necesariamente uno de los hijos del testador. No obstante, se admitía la adjudicación a favor de un nieto o

(9) Proclama el artículo 669 del Código Civil que “No podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento...”. Y artículo 733 del Código Civil establece que “No será válido en España el testamento mancomunado, prohibido por el artículo 669, que los españoles otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la Nación donde se hubiese otorgado”.

(10) Vid. M. CUADRADO IGLESIAS, “El testamento mancomunado en el ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1981” en Libro homenaje al profesor J. BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, Salamanca, 1984.

descendiente de ulterior grado en virtud del derecho de representación en los casos en que éste tuviera lugar.

Conforme a la redacción actual del artículo 1056.2 el adjudicatario de la explotación económica (o las correspondientes acciones o participaciones en la sociedad de capital) puede tener o no la condición de legitimario, dado que la norma habla del pago a los demás interesados (no a los demás legitimarios).

El adjudicatario tiene la consideración de mejorado, pero hay discusión sobre si estamos ante una mejora amplia o estricta, e incluso ante una mejora tácita¹¹ o expresa, cuando se trate de hijos o descendientes. Podría ocurrir, además, que los mejorados sean precisamente los perceptores del metálico. No habrá duda en el caso de que el testador establezca de forma expresa la imputación de la empresa en los tercios correspondientes o si claramente manifieste que la porción de los perceptores en metálico debiera ser la legítima estricta o una porción indivisa determinada que cubra aquélla. Si el testador no dispuso ninguna mejora, limitándose a adjudicar la empresa a uno de los

(11) Para Domínguez Luelmo hay mejora tácita a favor del adjudicatario aunque el testador no haya declarado de una manera expresa su voluntad de mejorar, y por lo tanto la legítima a satisfacer en metálico será la legítima estricta.

descendientes, lo que se debatirá es si debe pagar la cuota que les corresponde en la totalidad de la herencia o si sólo será la parte alícuota de la legítima estricta. La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1982 estimó que el adjudicatario tiene que pagar sólo legítima estricta, a menos que de la voluntad del testador se dedujese otra cosa ya que la voluntad del testador era que se conserve indivisa la empresa. Por tanto, siempre que no resulte otra cosa del testamento, debe entenderse legítima estricta. De ello se infiere que el artículo 1056.2 recoge una de las mejoras tácitas admitidas por el Código Civil.

El legitimario puede ser un descendiente en primer grado o grado ulterior¹² en defecto del aquel. En relación con los legitimarios descendientes de primer grado es necesario destacar la importancia de la igualdad de los hijos¹³ reconocida en la legislación vigente que no

(12) Por derecho de representación.

(13) Este principio de igualdad se proclama en la Constitución Española en el artículo 39.2 “Los poderes públicos asegurarán, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación...”. Además se ha de tener en cuenta que conforme a lo dispuesto en el artículo 108 de nuestro Código Civil “La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y no matrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código”.

establece ninguna distinción entre los hijos matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos. A falta de legitimarios en la línea recta descendente, el testador podrá adjudicar la explotación económica al padre o a la madre y cuando el testador no deje padre ni madre podrá ser adjudicatario el ascendiente más próximo en grado, bien de la línea paterna o bien de la línea materna. También se considera adjudicatario con carácter de legitimario al cónyuge viudo a quien el testador atribuya la explotación económica en propiedad, con la misma obligación que el los casos anteriores de pagar su legítima a los demás interesados en la herencia del causante.

El adjudicatario no legitimario puede ser o bien una persona que siendo miembro de la familia del testador, no goce de la consideración de heredero forzoso, o bien un extraño, es decir, un tercero que carezca de todo vínculo con la familia del testador que realiza por sí mismo la partición.

El primer caso¹⁴ alude al supuesto en que el testador adjudica la explotación económica (o las acciones o participaciones sociales) a un

(14) Cuando la adjudicación se realiza a favor de un familiar no legitimario.

nieto en vida de su padre¹⁵ y encuentra su fundamento y justificación en la posibilidad de mejorar a los nietos en vida sus padres a la luz de los artículos 823 y 808 del Código Civil.

El segundo supuesto tiene lugar cuando el motivo que justifica la aplicación de la facultad concedida en el artículo 1056.2 es la conservación de la empresa prescindiendo de las consideraciones relacionadas con el interés familiar. Algunos autores niegan la posibilidad de que la explotación económica se adjudique a un tercero “no legitimario”; en este sentido PALAZÓN GARRIDO¹⁶ descarta tal opción por razones de carácter gramatical, sistemático y económico y entiende que “el actual precepto (artículo 1056.2) no permite que el testador nombre adjudicatario a cualquier persona, sino sólo a cualquier legitimario: descendientes, a falta de éstos, ascendientes y cónyuge”. Por el contrario,

(15) Adviértase la importancia de que sea en vida de su padre, que es quien tendría derecho a la legítima y por tanto condición de legitimario; por eso, en este caso, el nieto carece de la consideración de legitimario. De no ser así, es decir si no fuera en vida de su padre, entonces el nieto sí sería adjudicatario legitimario.

(16) Cfr. M. L. PALAZÓN GARRIDO, “La conservación de la empresa familiar a través de la facultad contemplada por el nuevo artículo 1056, párrafo segundo del Código Civil” en *Protección del Patrimonio Familiar* (coord. F. J. SÁNCHEZ CALERO y R. GARCÍA PÉREZ), Valencia, 2006, pág. 317 y 318.

autores como MILLÁN SALAS¹⁷ admiten que la adjudicación se verifique a favor de un extraño “no legitimario”. En esta misma línea FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA¹⁸ señala que, a su juicio, la reforma introducida en el artículo 1056.2 por la Ley 7/2003, de 1 de abril, pretende “no sólo facilitar la sucesión de la empresa familiar sino profesionalizarla, permitiendo la adquisición de la empresa por terceros”.

Otro tema que suscita interrogantes entre la doctrina es si pueden ser dos o más los adjudicatarios designados. PALAZÓN GARRIDO¹⁹ resuelve la cuestión afirmativamente por considerar que el artículo 1056.2 no excluye la posibilidad de que sean varias las personas a quienes se realice la adjudicación y lo que es más, podría resultar muy conveniente para la conservación de la explotación económica. En el mismo sentido se manifiestan VIDAL MARTÍNEZ²⁰ Y VALLET DE GOYTISOLO²¹ quienes no ven

(17) Vid. F. MILLÁN SALAS, “La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código Civil”, en *Actualidad Civil* nº 45-46, 1 al 14 de diciembre de 2003, pág. 1182.

(18) Vid. A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Transmisión *mortis causa* de la condición de socio. Un estudio en la sociedad limitada familiar, Navarra, 2008, pág. 268.

(19) Cfr. M. L. PALAZÓN GARRIDO, Op. cit., pág. 319.

(20) Vid. F. MILLÁN SALAS, “La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código Civil” (citando a J. VIDAL MARTÍNEZ, “Algunos aspectos de la regulación de la sucesión mortis causa en el Código civil español que favorecen la creación y

inconveniente en que el testador instituya dos o más adjudicatarios imponiéndoles la indivisión de la explotación con obligación de satisfacer en metálico su legítima a los demás interesados.

MILLÁN SALAS²² defiende una postura ecléctica al destacar que existen argumentos a favor y en contra de la cuestión planteada. Como argumentos a favor se alega el interés de la familia de preservar indivisa la explotación económica (o mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas) y como argumentos en contra, el hecho de que preservar indivisa la explotación implica necesariamente conservarla en manos de una única persona.

Correlativamente a lo estudiado en relación al adjudicatario de la explotación, debemos examinar ahora si los legitimarios perceptores del metálico han de ser considerados herederos o legatarios, o si el hecho

mantenimiento de las unidades agrarias”, *Revista de Derecho Privado*, 1979, pág. 553), en *Actualidad Civil* nº 45-46, 1 al 14 de diciembre de 2003, pág. 1183.

(21) Cfr. F. MILLÁN SALAS, “La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código Civil” (citando a J. VALLET DE GOYTISOLO, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, 1989, T. XIV, pág. 159), en *Actualidad Civil* nº 45-46, 1 al 14 de diciembre de 2003, pág. 1183.

(22) Vid. F. MILLÁN SALAS, “La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código Civil”, en *Actualidad Civil* nº 45-46, 1 al 14 de diciembre de 2003, pág. 1183.

mismo de ordenar la conmutación supone algún cambio en el título sucesorio de los mismos. La cuestión tiene importantes repercusiones prácticas ya que de entender que estamos ante herederos, se impondría a los legitimarios una responsabilidad solidaria frente a los acreedores de la herencia. Las posibles soluciones dependen en gran parte de la postura que se adopte en torno a la naturaleza de la legítima.

Para los autores que defienden que el metálico a que se refiere el apartado segundo del artículo 1056 debe pertenecer a la herencia y que, por tanto, dicho párrafo resulta superfluo por ser repetición del primero, parece claro que este hecho no modifica el carácter de heredero que, en todo caso, corresponde a los legitimarios. Sin embargo, desde otros puntos de vista se ha mantenido que la *pars bonorum* en que consiste normalmente la legítima se transforma en este caso en *pars valoris*, o que la legítima tiene aquí propiamente la configuración de titularidad sobre una fracción de valor pecuniario del patrimonio relicto o *pars valoris bonorum*.

Para DOMÍNGUEZ LUELMO²³ se trata claramente de un heredero y aunque el testador no lo nombra heredero, estamos ante una institución de heredero ya que recibirá casi la totalidad del caudal hereditario.

(23) Vid. T.F. TORRES GARCÍA y A. DOMÍNGUEZ LUELMO, Tratado de legítimas, Op. cit., pág. 132

RUEDA²⁴ se manifiesta en sentido contrario pues considera que será la voluntad del testador la que conceda la condición de heredero o legatario e incluso que sea un heredero *ex re certa* o que toda la herencia se distribuya en legados.

(24) Cfr. L. RUEDA ESTEBAN, La delegación de la facultad de mejorar... , Op. cit., pág 721.

B) Elementos reales u objetivos.

Los elementos reales o de carácter objetivo con que nos encontramos al analizar la caracterización de la norma contenida en el actual párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil son fundamentalmente dos, a saber, la explotación económica o las acciones o participaciones sociales que otorguen el control de una sociedad de capital (o grupo de éstas) y el metálico con que el adjudicatario ha de pagar la legítima que corresponda.

El punto de partida en relación con el estudio del primero de los elementos mencionados es el principio clásico "*nemo plus iuris transfert quam habet; nemo dat quod non habet*" según el cual nadie puede transmitir o disponer de aquello que no es suyo²⁵. La partición hecha por el testador conforme a lo previsto en el artículo 1056.2 del Código Civil no puede incluir, por tanto, bienes que no sean de su pertenencia; la partición ha de recaer sobre bienes que sean propiedad

(25) En el ámbito del Derecho común este principio queda recogido en el artículo 659 del Código Civil en lo que se refiere a la sucesión hereditaria en general y en los artículos 667 y 668 del mismo cuerpo legal en lo concerniente a la sucesión testamentaria en particular.

del testador. Para que sea válida la adjudicación que resulte de la aplicación del mencionado precepto, se precisa que la explotación económica o las acciones o participaciones sociales existan, y que sean de titularidad del testador. Respecto al requisito de la existencia de la explotación, advertir que no es necesaria una prueba terminante de la existencia, ya que como se afirma en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1951²⁶ en su considerando tercero “constando ya en el testamento (la unidad de la explotación), constituye una situación jurídica que no necesita más prueba, sino que por los contrario son los que impugnan los que tienen que demostrar los hechos en que basen la impugnación”.

Por otro lado, de acuerdo con el mencionado principio, la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1998²⁷ declara expresamente que “la partición... 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”. Ello supone, en

(26) RJ 1945/272.

(27) RJ 1998/9301. También las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 1998 (RJ 1998/6395), 5 de junio de 1985, 17 de mayo de 1974 y 20 de mayo de 1965 (RJ 1965/2602)).

palabras de DE LA CÁMARA²⁸, “un grave inconveniente cuando entre los cónyuges... el régimen económico conyugal es el de la sociedad legal de gananciales”.

Si el testador-partidor es persona casada en régimen de sociedad de gananciales, la partición, según manifiesta DE LOS MOZOS²⁹ “no puede comprender bienes comunes, gananciales, porque ellos no son bienes privativos de los cónyuges, sino que pertenecen en común a la sociedad de gananciales”. Por tanto, al no ser suyos, el causante no puede distribuir los bienes que formen parte de la sociedad de gananciales, es decir, el testador no puede por sí y ante sí practicar la partición incluyendo en ella bienes gananciales. En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 1997³⁰ viene a decir que en la partición no pueden incluirse bienes de carácter ganancial.

Es importante saber si la explotación económica o la sociedad es un bien privativo o por el contrario ganancial ya que en este caso la

(28) Vid. M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Compendio de Derecho sucesorio*, Madrid, 2011, pág. 436.

(29) Cfr. J.L. DE LOS MOZOS, “La partición de herencia por el propio testador”, en *Revista de Derecho Notarial*, Madrid, 1960, pág. 214.

(30) También sentencias de 12 de diciembre de 1959, 17 de mayo de 1974, 3 de marzo de 1980, 7 de diciembre de 1988 y 7 de septiembre de 1998

situación es distinta, siendo precisa la participación del cónyuge afectado. La jurisprudencia en este aspecto es interesante. La sentencia de 21 de diciembre de 1998³¹, estima válida la partición de bienes gananciales efectuada por los testadores mediante testamentos iguales y simultáneos. En Sentencia de Tribunal Supremo de 1 de julio 1996³² se contempla un caso de explotación de negocio propiedad de la comunidad conyugal transmitida, en virtud de testamento mancomunado del cónyuge causante. La Sentencia del tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2006³³ es interesante en cuanto que el padre se había otorgado la concesión administrativa a título particular en la explotación familiar agraria, siendo bien privativo no ganancial.

Por otro lado, se ha de tener en cuenta que no es preciso que la partición comprenda absolutamente todos los bienes del causante. Cabe una partición adicional de los bienes no incluidos en ella, ya que al tiempo de hacer el testamento, el testador puede no conocer cuáles serán exactamente sus bienes en el momento futuro, el de la apertura de la

(31) RJ 1998/9756

(32) RJ 1996/5549

(33) RJ 2006/6517

sucesión³⁴. Si en el momento de hacer la partición, el testador deja fuera de ella alguno o algunos de sus bienes propios, estamos ante un caso de partición parcial, admitido expresamente en nuestro ordenamiento jurídico³⁵.

Para que la partición sea válida no es imprescindible que lo sea de la totalidad de la herencia; puede ser de parte de la misma, pues ningún precepto exige lo contrario. La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de mayo de 1966³⁶ se refiere a esta situación declarando que la partición “no puede quedar sin valor por el simple hecho de que no comprenda todo el caudal relicto”.

El objeto de la atribución particional lo ha de constituir una explotación económica o un paquete de acciones o participaciones que atribuyan el control de una sociedad o grupo de estas.

(34) Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008 (RJ 2008/5891).

(35) En concreto, el artículo 1079 del Código Civil en el que se establece que “La omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia no da lugar a que se rescinda la partición por lesión, sino a que se complete o adicione con los objetos o valores omitidos”.

(36) RJ 1966/3815

El legislador ha utilizado con toda intención una expresión tan vaga e indeterminada como “explotación económica” con objeto de evitar interpretaciones restrictivas o excluyentes. Los términos anteriores a la modificación de 2003 de explotación económica, industrial o fabril por la idea genérica de una actividad y un patrimonio aplicados a la obtención de un beneficio económico. Cabe en este amplio ámbito, las explotaciones agrícolas, industriales, comerciales y de servicios, incluso las actividades profesionales a las que se hallen vinculados elementos patrimoniales necesarios y útiles para su desarrollo.

FERNÁNDEZ TREGUERRES³⁷ define la explotación económica como “cualquier actividad que ordene medios para la producción de lucro, como la actividad arrendadora del causante, de pisos o locales, como persona física”. El concepto de explotación económica engloba en sí a la empresa individual propiamente dicha, pero que va más allá, porque incluye también otro tipo de actividades económicas que no son estrictamente empresariales.

(37) Vid. FERNÁNDEZ TREGUERRES, Op. cit. Pág. 268.

C) Elementos formales de la disposición testamentaria

A primera vista, desde un punto de vista formal, podría decirse que el precepto que estamos estudiando contempla dos supuestos distintos de partición practicada por el testador según que ésta se haga en testamento o por acto entre vivos. Es decir, el testador puede ejercer la facultad que le concede el artículo 1056 de hacer la partición de sus bienes, en virtud de testamento o mediante un acto inter vivos, tal y como se desprende del párrafo primero del citado artículo en el que se declara expresamente que “cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella...”.

Hemos dicho “a primera vista” porque veremos a continuación cómo, de acuerdo con los criterios más actuales de la doctrina y la jurisprudencia, la partición extratestamentaria, aunque el Código Civil la llame “entre vivos” es, en realidad, un acto mortis causa y más concretamente, de última voluntad.

En los casos en que el testador opte por llevar a cabo la partición a través de un acto llamado inter vivos, es preciso tener en cuenta que estamos ante una modalidad particional que solamente será viable si se apoya en un testamento. La partición así efectuada ha de ajustarse, necesariamente, a un testamento al que se le atribuye el carácter de “confirmatorio” de la partición de tal forma que la modificación o revocación de las cláusulas dispositivas o particionales de éste dejen sin efecto la partición efectuada por actos inter vivos en la medida en que tal partición resulte incompatible con la última voluntad del testador. Aunque la partición pueda formalizarse en documento independiente y con la forma de un acto entre vivos, recibe su fuerza del testamento (anterior o posterior) que a ella se refiera para confirmarla, de manera que si tal testamento resulta posteriormente revocado, la partición, formalmente independiente, queda igualmente revocada.

En cuanto a la forma de llevar a cabo la partición entre vivos, atendiendo a los casos reales planteados ante la jurisprudencia, señalar que tal partición puede hacerse por escrito, en documento público o

privado, o incluso verbalmente, si bien esta última modalidad resulta particularmente problemática³⁸.

La partición a que se refiere el artículo 1056 del Código Civil exige siempre la existencia de un testamento. Entre los requisitos de la partición realizada al amparo del citado precepto se encuentra el de la existencia de testamento y en especial la institución de heredero hecha en tal testamento. En la resolución de la DGRN de 16 de noviembre de 1944 se concretan las características esenciales de todo testamento al señalar que "el testamento es un acto unilateral, revocable, solemne, personalísimo y de disposición mortis causa de todos o parte de los bienes". El testamento puede ser previo, simultáneo o posterior a la partición practicada tal y como han puesto de manifiesto tanto la doctrina como la jurisprudencia³⁹ pero siempre ha de existir un testamento confirmatorio de la partición realizada en acto entre vivos.

En todo caso, la partición hecha por el testador ha de considerarse un acto mortis causa, es decir, un acto cuya eficacia no se produce

(38) Las dificultades inherentes a la no formalización por escrito de la partición son, por un lado, las relacionadas con los efectos probatorios y por otro, en el caso de bienes inmuebles, las derivadas de la inscripción registral de los mismos.

(39) Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1917 (Colección legislativa. Jurisprudencia Civil.1917. Tomo106), de 6 de marzo de 1945 (RJ 1945/272) y de 28 de junio de 1961 (RJ 1961/2748)).

hasta que tiene lugar la muerte del causante. Los actos mortis causa se clasifican⁴⁰ en unilaterales y bilaterales. Los primeros son actos de última voluntad esencialmente revocables, relevantes sólo para quien realiza el acto e inatacables por los demás en vida de éste. Los segundos son pactos sucesorios, irrevocables unilateralmente⁴¹, relevantes desde el momento de su otorgamiento y vinculantes para ambas partes. La partición llevada a cabo por el testador conforme a lo dispuesto en el artículo 1056 del Código Civil, ya se haga en testamento ya en acto entre vivos, es mortis causa y pertenece a la primera de las categorías mencionadas. A estos efectos la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1965 declara que “la partición practicada conforme a lo previsto en el artículo 1056 del Código Civil tiene naturaleza de acto de última voluntad y por ello deben aplicarse las disposiciones que a éstos afectan, siendo por tanto revocable”.

Por tanto, aunque la partición efectiva se lleve a cabo en virtud de un acto entre vivos, puede ocurrir que el testador, en cualquier momento posterior, otorgue un nuevo testamento cuyo contenido material consista en revocar la partición previamente realizada quedando sin efecto lo

(40) Clasificación admitida por la moderna doctrina.

(41) Debido a su carácter contractual, la irrevocabilidad de tales actos es indiscutible.

establecido en ella. Se impone así el carácter esencialmente revocable predicable respecto del testamento a la luz del artículo 737 del Código Civil. La partición extratestamentaria hecha por el testador, y más aún la realizada en testamento, se considera revocable ya que el testador (únicamente él) puede revocarla a su voluntad en cualquier momento modificando el testamento que la sostiene, modificando la partición extratestamentaria, haciendo otra nueva o simplemente revocándola sin realizar nueva partición.

No obstante, autores como MARÍN LÁZARO⁴² y RODRÍGUEZ ARIAS⁴³, defienden la irrevocabilidad de la partición entre vivos efectuada por el testador por considerar fundamental el carácter contractual, y por tanto, irrevocable, de tal distribución de bienes realizada al amparo del artículo 1271.2 del Código Civil⁴⁴. Aunque los mencionados autores abogan por la

(42) Vid. J. M. FERNÁNDEZ HIERRO, *La Partición*, (citando a MARÍN LÁZARO), Granada, 2009, pág. 6.

(43) Cfr. C. LASARTE ÁLVAREZ, *Derecho de sucesiones. Principios de Derecho Civil*. Tomo séptimo (citando a RODRÍGUEZ ARIAS), Madrid, 2014, pág. 312.

(44) El artículo 1271, en su nueva redacción dada por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de sociedad limitada Nueva Empresa, permite la celebración de contratos respecto de la herencia futura sólo cuando tengan por objeto practicar entre vivos la división de un caudal conforme a lo establecido en el artículo 1056 del Código Civil.

incorporación en nuestro Código de la donation-partage⁴⁵, la mayoría de la doctrina española considera, sin embargo, que tal irrevocabilidad resulta ser difícilmente aplicable en nuestro ordenamiento jurídico y manifiesta que tal supuesto híbrido de donación y partición no tiene cabida en nuestro Derecho. Esta es la postura seguida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo en diversas sentencias, destacando la de 23 de febrero de 1999, según la cual el hecho de que el acervo patrimonial del testador se realice por un acto inter vivos no le confiere carácter contractual y los efectos distributivos-traslativos sólo se producen a la muerte del causante. En cualquier momento puede el que partió cambiar de decisión, otorgar un nuevo testamento y designar otros destinatarios⁴⁶ del reparto, quedando invalidada la anterior partición, que se encuentra siempre en estado de pendencia hasta que acontezca el fallecimiento del testador.

(45) Institución jurídica francesa que presenta como principales características la irrevocabilidad de la transmisión producida y su eficacia inmediata y que supone una excepción a la regla general de prohibición de los pactos sucesorios. La donation-partage requiere la concurrencia de los herederos y su aceptación, implica un acto irrevocable de los bienes objeto del acto particional y hace que los donatarios-herederos queden sujetos recíprocamente a la obligación de saneamiento en caso de evicción. El Derecho belga también admite la figura de la donación partición entre ascendientes y descendientes.

(46) Los destinatarios designados serán los nuevos herederos instituidos.

D) Especial referencia a la imputación, conmutación y reducción de las legítimas

Normalmente, con la adjudicación practicada en virtud del 1056.2 del Código Civil, el testador agotará prácticamente su patrimonio. Es habitual que el adjudicatario sea investido de la cualidad de heredero en el testamento, pero aunque el testador lo nombre legatario, debe entenderse que estamos ante una institución de heredero ya que el adjudicatario va a recibir la totalidad del caudal hereditario. Si bien conforme el artículo 768 del Código Civil, cuando se deja una cosa determinada, se contiene una presunción favorable a la existencia de legado, en los casos en que se deja prácticamente la totalidad o parte de una herencia, debe interpretarse que estamos ante una institución de heredero.

Por otro lado, teniendo en cuenta que el adjudicatario debe afrontar el pago de las legítimas, parece conveniente que el testador mejore expresamente al destinatario de la explotación y le asigne toda la parte libre. Así se evita que las cantidades a pagar en metálico extrahereditario sean excesivamente elevadas y gravosas, pues se reducirían a las

legítimas estrictas del resto de legitimarios. Los problemas aparecen cuando el testador se limita a adjudicar en su favor la explotación por vía particional, sin especificar nada más. No obstante, parece que el dato de elegir como adjudicatario a uno de los descendientes es suficiente para entender que éste ha sido mejorado tácitamente.

En el proceso previsto en el artículo 1056.2 del Código Civil una cuestión fundamental es que la valoración de las cuotas que se deben abonar a los legitimarios no adjudicatarios de la explotación, se haga correctamente. De ello depende, en definitiva, que se cubra o no la legítima que conforme a la ley corresponde a los legitimarios y que goza del principio de intangibilidad según hemos visto en apartados anteriores.

ROCA SASTRE⁴⁷ considera que si los legitimarios deben participar de las alteraciones de valor de los bienes hasta el momento del pago, parece que la fijación de la cuantía a percibir, deberá realizarse de común acuerdo entre aquéllos y el heredero adjudicatario, no admitiéndose la posibilidad de que la valoración la realice unilateralmente el adjudicatario de la explotación. Sin embargo, sí puede plantearse aquí la posibilidad de que sea el propio testador quien liquide directamente las cuotas a percibir

(47) VID. ROCA SASTRE, Derecho hipotecario III, Barcelona, 1979, pág. 801.

por los legitimarios⁴⁸. En sentido contrario se manifiesta TORRES GARCÍA⁴⁹, quien defiende la posibilidad de que el propio titular de la explotación sea quien señale el valor de ésta “sobre la base de que es un perfecto conecedor de las posibilidades de la misma”.

El artículo 1056.2 del Código Civil no especifica cómo se valoran las cuotas de los perceptores del metálico ni quien debe realizar la correspondiente valoración. Se entiende que el derecho de los legitimarios es un *pars valoris bonorum*. El objeto a conmutar es el derecho del legitimario no heredero a su legítima; “no es exactamente una cuota sobre el caudal que los coherederos puedan comprar o satisfacer anticipadamente con bienes relictos, sino un derecho alternativo a la cuota real o a su valor”, según señala LACRUZ⁵⁰.

(48) A pesar de que en nuestro Código Civil no existe una norma equivalente a la contenida en el parágrafo 2.311 BGB que expresamente lo prohíbe, no cabe duda de que una valoración hecha por el testador, no tiene fuerza de obligar, según manifiesta ROCA SASTRE.

(49) Cfr. T. F. TORRES GARCÍA (coord.), “Legítima, legitimarios y libertad de testar (Síntesis de un sistema)” en Derecho de sucesiones. Presente y futuro. IX Jornadas de la Asociación de Derecho Civil, Santander 9 a 11 de febrero de 2006, Murcia, 2006.

(50) Vid. Lacruz, Elementos de Derecho civil, op. cit., pág 364

Dado que la fijación de las legítimas se rige por las normas⁵¹ recogidas en artículos 818 y siguientes del Código Civil, en caso de realizarse un asignación de metálico inferior a la que resulte del cómputo, cabe la impugnación por lesión en la legítima conforme a lo dispuesto en los artículos 1056.1 y 1075, ambos del Código Civil. Por ello, lo más conveniente es que el testador nombre un albacea o un contador partidior, para llevar a cabo dicha función.

Es importante determinar el momento al que habrá de atenderse para la liquidación de las legítimas. Esta cuestión tiene particular relevancia cuando ha transcurrido un periodo de tiempo más o menos largo entre la muerte del causante y el pago de las legítimas ya que la depreciación de la moneda o la revalorización del negocio pueden hacer variar sensiblemente el valor de aquéllas. El artículo 1056.2 no resuelve la cuestión y en el Código Civil otras dos normas (artículos 818 y 1074) señalan momentos distintos a los efectos de la valoración en la operación de computación y de la lesión en la partición. De esta forma, mientras el primero ordena atender al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, el segundo está al valor de las cosas en el momento en que fueron adjudicadas. VALLET considera que no existe contradicción entre

(51) Disposiciones de carácter imperativo.

ambos preceptos, ya que la finalidad del primero no es otra que proporcionar una regla para calcular la porción hereditaria de la que pudo el testador disponer, a efectos de la reducción por disposiciones inoficiosas, pero la legítima no queda fijada de modo inmutable, antes bien, como parte alícuota que es del activo líquido, su valor nominal no se petrifica y, cuando quiera conocerse su valor o pagarlo en cualquier otro instante, habrá que estar a lo dispuesto en el artículo 1074 del Código Civil. DE CÁMARA afirma que aunque el derecho del legitimario nazca como puro derecho a exigir un valor, y este valor se fije en atención al que tengan los bienes hereditarios el día del fallecimiento del causante, lo justo es cifrar ese valor, en el momento del pago.

En cuanto a la valoración es importante tener en cuenta la naturaleza del bien que se haya de valorar. En el valor de una empresa⁵² o unas acciones o participaciones de una sociedad de capital influyen factores muy diversos (conyuntura económica, capacidad personal de gestión del empresario, etc). La polémica se plantea por la volatilidad y variación de valor de la empresa, durante el tiempo que media entre la muerte del causante y el momento de la liquidación. Respecto de otros

(52) Sobre el valor de la empresa y su consideración numérica se ha manifestado Martínez Espín..

Vid. P. MARTÍNEZ ESPÍN, "Comentario al artículo 1056 del Código Civil" en Comentario al CC, Madrid, 2002, pág. 1237

bienes de la herencia se ha de tener en cuenta que conforme a lo dispuesto en el artículo 847 del Código Civil *“Para fijar la suma que haya de abonarse a los hijos o descendientes se atenderá al valor que tuvieren los bienes al tiempo de liquidarles la porción correspondiente, teniendo en cuenta los frutos o rentas hasta entonces producidas. Desde la liquidación, el crédito metálico devengará el interés legal”*. Esta solución del artículo 847 del Código Civil puede valer para los casos de patrimonio con cierta estabilidad de valor, pero en el caso de la empresa o establecimientos mercantiles, con valor volátil del bien, se puede producir una fluctuación del valor que perjudique a los legitimarios o al adjudicatario.

La partición en el supuesto previsto del artículo 1056. 2 del Código Civil no requiere aprobación expresa de todos los interesados ni en su defecto, aprobación judicial⁵³ y los plazos para comunicar y partir mencionados en el párrafo primero del artículo 844 no resultan aplicables a la partición efectuada por el testador de conformidad con lo dispuesto en el mencionado precepto.

(53) El artículo 843 del Código Civil que se refiere a la necesidad de aprobación, no resulta aplicable a la partición hecha por el testador, según se establece en el propio párrafo segundo del artículo 1056.

El cálculo de la legítima puede conducir a que los herederos queden deudores de una cantidad mayor de la que importa la herencia: basta para ello que sea grande el importe de las donaciones que se suman al relictum a efectos de formar la masa computable. La legítima no es una cuota de la herencia, sino una cuota de la masa computable resultante de añadir al relictum (deducidas las deudas) el donantum. Es el valor de esta masa el que han de calcular previamente los interesados para conocer el importe real de legítima. Posteriormente habrán de realizar cuando un legitimario de los que cobran en dinero haya recibido alguna donación colacionable, las operaciones de imputación que permitirán fijar, a partir del importe abstracto de su cuota, la cantidad que realmente se le debe. Si lo que se le deja es una cuota superior a la legítima, procederá, no ya la imputación en la cuota legitimaria, sino la colación⁵⁴ a efectos de considerar lo recibido como anticipo de lo que va a recibir.

Respecto al orden de conmutación cabe distinguir varios actos jurídicos que, siguiendo a VALLET⁵⁵, serán los siguientes:

(54) Las reglas de la colación aparecen recogidas en los artículos 1035 a 1050 del Código Civil.

(55) Cfr. VALLET DE GOYTISOLO, Apuntes de Derecho Sucesorio, Madrid, 1955.

- Elección del adjudicatario o adjudicatarios⁵⁶ de todos o parte de los bienes hereditarios.
- Distribución de tales bienes en caso de ser varios los adjudicatarios de los mismos.
- Determinación de la justa valoración de la parte que deba pagarse en metálico a los legitimarios que no sean adjudicatarios.
- Formalización de las adjudicaciones.

Aunque las operaciones de imputación, conmutación y, en su caso, reducción se deben realizar siempre a la hora de calcular la legítima, en el supuesto del artículo 1056.2 del Código Civil, el pago en metálico tiene lugar a iniciativa del testador, independientemente del resultado que arrojen tales operaciones; la imputación de las liberalidades recibidas sólo afectará al *quantum* que se deba pagar en dinero, por voluntad del testador. Por el contrario, el abono en metálico en el caso de los artículos 821 y 829 del Código Civil se produce con independencia de la voluntad del testador.

(56) La elección sólo puede proceder del testador, ya sea de forma nominativa o señalando las circunstancias que el elegido (o elegidos) debe reunir, sobre todo porque en cuanto adjudicatario de la totalidad de los bienes que componen la herencia debe ser considerado como heredero y los perceptores del metálico como simples legatarios de cantidad.

Si al hacer la conmutación resulta que debe entregarse más al legitimario o a los legitimarios, se reducirán los legados y demás atribuciones de acuerdo con el régimen establecido en los artículos 819, 820 y 821 del Código Civil. Cuando se deba proceder a la reducción de un legado de cosa indivisible, el legislador permite que determinadas personas puedan quedarse con la totalidad de la misma con la carga de abonar el exceso a los demás interesados. El artículo 821 distingue dos supuestos distintos según que el legado sujeto a reducción se haya hecho a favor de un extraño o de un legitimario. En el primer caso, el legatario puede quedarse con la totalidad de la cosa y abonar la diferencia en dinero a los legitimarios solamente cuando la reducción no llegue a absorber la mitad de su valor. En caso contrario, es decir, si la cuantía de la reducción supera la mitad del valor de la cosa legada, se aplica la misma regla del abono en metálico, pero siendo los legitimarios que ejercitan la acción de reducción los que pueden quedarse con la totalidad de la cosa, pagando al extraño la parte del legado que, no siendo inoficiosa, no puede quedar en sus manos en razón de la indivisibilidad o incómoda división. En el segundo caso la regla anterior sufre algunas alteraciones. No se exige que al legatario legitimario le corresponda más de la mitad de la cosa para que pueda proceder al abono del exceso en dinero, sino que impute el legado a la parte libre y a su legítima.

E) Utilización de pactos sucesorios para la protección y conservación de la empresa familiar

La partición de la herencia hecha por el propio testador es una institución que en el Derecho moderno ha perdido su perfil más característico al desvincularse de los dos núcleos de los que surgió, a saber, la idea de comunidad familiar y el reconocimiento del pacto sucesorio. Se dice, por tanto, que las dos dimensiones que le faltan a esta institución son la comunidad familiar de donde salieron y los pactos sucesorios que es donde se desarrollaron y cobraron su fuerza.

En el ámbito del Derecho común nuestro ordenamiento jurídico no admite la sucesión contractual. El artículo 658 del Código Civil⁵⁷ al enumerar las distintas formas en que se puede deferir la herencia hace referencia a la sucesión testada (por testamento) e intestada o ab

(57) Artículo 658. “La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento, y, a falta de éste, por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima. Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley”. No debe confundirse la sucesión legítima o intestada a que se refiere este precepto con la sucesión forzosa en favor de los legitimarios que tiene lugar a la luz de lo establecido en los artículos 806 y ss del Código Civil.

intestato (deferida por la ley) pero no menciona la sucesión contractual. Es más, el artículo 1271 del mismo cuerpo legal prohíbe la celebración de contratos sobre la herencia futura, aunque con una excepción. El párrafo segundo del mismo precepto establece que “Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquéllos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056”.

El artículo 1056 no regula ningún contrato. Los futuros sucesores no dividen entre sí la herencia de una persona viva, ni menos todavía una herencia que deba recaer forzosamente en ellos, de modo que la expresión del Código Civil equivale a prohibir los pactos sucesorios, en sintonía con el carácter general de revocabilidad esencial del testamento contemplado en el artículo 737 del Código Civil. Un contrato sucesorio, al ser nulo de pleno derecho⁵⁸ carece de efecto revocatorio sobre el testamento anterior.

Difícilmente se puede entender la partición del testador en un escenario en el que se proscriben los pactos sucesorios. La negativa de

(58) Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1902, 25 de abril de 1951, 30 de septiembre de 1982, entre otras.

nuestro Código Civil a recibirlos aparece hoy como un prejuicio injustificado.

El origen y la propia existencia de pactos sucesorios hay que situarlos en el contexto rural, lo que no impide que en estos momentos sea fácilmente extensible, tal y como de forma expresa lo han reconocido algunas legislaciones, así la catalana a favorecer la continuidad de un patrimonio mercantil o industrial. En palabras de LACRUZ⁵⁹, podemos decir que “a pesar del tiempo transcurrido, tienen especial transcendencia al afirmar que la sucesión por contrato es, no un resto histórico inoperante ni una costumbre inveterada sin fundamento serio, sino un instrumento jurídico laudable y conveniente”.

Algunos autores como MARÍN LÁZARO y RODRÍGUEZ ARIAS, quieren entrever en nuestro ordenamiento jurídico una traducción de la *donation-partage* del código Napoleónico y consideran la partición del testador por actos *inter vivos* prevista en el párrafo primero del artículo 1056 del Código, como un contrato realizado con los sucesores e inmediatamente eficaz e irrevocable. Sin embargo, para la doctrina dominante, del sentido

(59) Vid. J.L. LACRUZ BERDEJO, Elementos de Derecho civil, V. Sucesiones, Madrid, 2004, pág. 134.

literal del artículo 1056 y de los antecedentes históricos, se deduce que la partición del testador hecha fuera del testamento, es un acto no vinculante, de última voluntad; en definitiva, *mortis causa*. Consideran que con la expresión “entre vivos”, el legislador ha querido dispensar al testador de las rígidas formas testamentarias y que tal es la alusión al acto entre vivos, simplemente referida a sus formalidades externas; la partición puede hacerse en testamento o fuera de él sin exigencia formal determinada (Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1945).

En el ámbito del Derecho foral se admite la posibilidad de pactos sucesorios en Cataluña, Baleares, Galicia, Aragón, Navarra y País Vasco; buceando en la regulación vigente encontramos manifestaciones evidentes de un intento de conservación del patrimonio familiar. El Derecho foral contiene la pretensión, de manera más o menos explícita, de mantener la Casa como unidad productiva de carácter eminentemente agrícola.

La institución de la Casa y ligado a ella, la pretensión de conservar el patrimonio familiar, precisamente por serlo, han supuesto la creación de específicas figuras jurídicas⁶⁰ en los ordenamientos de Derecho foral. En

(60) Casa en el Fuero Nuevo de Navarra; Señorío Mayor aragonés; Mejora de Labrar y Poseer en Galicia; la Casa en el País Vasco.

el caso de los pactos sucesorios, el paralelismo que guarda en cuanto a la conservación del negocio, lo hace especialmente idóneo para trasladar esas tradiciones, constatadas documentalmente en nuestros territorios forales, a una realidad necesitada de protección jurídica, como es la transmisión *mortis causa* de la empresa familiar.

La permisibilidad y especificidad de la regulación de legal derivada de los diferentes territorios forales, no guarda armonía con la prohibición del propio Código Civil. La inclusión de los pactos sucesorios en el artículo 9.8 del Código Civil⁶¹ y, por tanto, en la norma de conflicto sobre sucesiones, permite aprehender la realidad sucesoria de los ordenamientos civiles autonómicos, además de optar por una calificación sucesoria de los mismos. Según manifiesta AÑOVEROS TERRADAS⁶², el

(61) El artículo 9.8 del Código Civil como norma de Derecho internacional privado trasladable a la vecindad civil, afirma que la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional de causante en el momento de su fallecimiento, cualquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Ahora bien, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados en el momento de su otorgamiento conforme a la ley nacional de testador o disponente, conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, es decir, aunque haya cambiado la mencionada ley, por ser diferente la misma en el momento de fallecimiento. Sin embargo, dicha permisibilidad encuentra una excepción importante, puesto que las legítimas, siempre y en cualquier caso, se deberán ajustar a la ley del lugar del fallecimiento.

(62) Vid. AÑOVEROS TERRADAS, “Los pactos sucesorios vinculados a la transmisión de la empresa familiar desde la perspectiva del Derecho interregional,” en Área de Dret Civil Universitat de

artículo 9.8 del Código Civil califica al pacto como netamente sucesorio excluyéndose de esta forma la vertiente contractual del mismo, permitiendo así respetar los intereses de los herederos legitimarios y de otras restricciones que puedan existir. Asimismo hemos de tener en cuenta el Reglamento nº 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012⁶³, relativo a la competencia y a la ejecución de documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, que tiene como objetivo que los ciudadanos europeos elijan la ley de su nacionalidad como a que regirá su sucesión, pues si no lo hacen, se regirá por la ley de su residencia habitual.

Por medio del pacto sucesorio, dos o más personas convienen la sucesión por causa de muerte de cualquiera de ellas, mediante la institución de uno o más herederos o realización de atribución a título particular⁶⁴, con o sin atribución de heredero en este último caso.

Girona (coord.), El nov Dret successori del Codi Civil de Catalunya. Materials de les Quinzenes Jornades de Dret català a Tossa, Girona, 2009, pág. 410

(63) Fecha de entrada en vigor: 17 de agosto de 2015.

(64) Los pactos sucesorios de atribución particular pueden considerarse como equivalentes a los legados en la sucesión testamentaria.

La atribución particular está especialmente indicada para la transmisión de la empresa familiar porque permite que del resto del patrimonio del causante pueda disponerse por medio de heredamiento, de testamento o por ley.

Se observa una gran similitud entre la atribución y el legado pero, por su especial carácter contractual, el causante sólo puede disponer de los bienes que son objeto de atribución particular con el consentimiento expreso del favorecido o, si éste no es parte del pacto, con el de los demás otorgantes. De esta forma se refuerza o supone una mayor garantía para el beneficiado con la empresa familiar, que finalmente recibirá la misma.

En el pacto sucesorio puede ordenarse la sucesión con la misma amplitud que en el testamento. Los otorgantes pueden hacer heredamientos y atribuciones patrimoniales, constituir usufructo universal y someter sus disposiciones a sustituciones, fideicomisos y reversiones.

Lo que distingue al pacto sucesorio de la disposición testamentaria es precisamente la imposibilidad de revocación. Este carácter definitivo de lo convenido, hace especialmente útil el pacto sucesorio en el ámbito de la empresa familiar.

Sin embargo, para NAVAS NAVARRO⁶⁵ la regulación jurídica de los pactos sucesorios, a pesar de las modificaciones llevadas a cabo por el legislador catalán, no resulta eficiente para la sucesión de la empresa familiar. Se puede preveer, por tanto, una escasa relevancia práctica de los pactos sucesorios. Sólo aquel pacto que haga que los costes sean mínimos⁶⁶, como pudiera ser el caso del pacto sucesorio con institución de heredero o atribución particular con carácter preventivo, podría tener una cierta relevancia. BATALLA DE ANTONIO⁶⁷ prevé la posibilidad de pactos sobre la liquidación de la herencia futura en relación con el artículo 1056.2 del Código Civil.

En conclusión, los pactos sucesorios podrían llegar a constituir un instrumento esencial de organización y planificación de la sucesión en la empresa familiar también en el ámbito del Derecho Común. La legislación civil tiene una fuente de inspiración importantísima en las legislaciones forales.

(65) Vid. NAVAS NAVARRO, “Libertad de testar *versus* libertad de celebrar pactos sucesorios y costes de transacción”, ADC, tomo VXIV, 2011, págs 41 y ss.

(66) La regulación jurídica que genera menos costes y que, por tanto, es la más eficiente económicamente, es la regulación del testamento.

(67) Cfr. A. BATALLA DE ANTONIO, “La empresa familiar y el análisis del Art. 1056.2 del Cc.” en El Patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista, Madrid, 2014, pág. 150.

F) Aspectos fiscales de la transmisión mortis causa de la empresa familiar.

El estudio del tema que nos ocupa quedaría incompleto si no se hace una referencia a los aspectos fiscales⁶⁸ que inciden en ella y que, sin ánimo de ser exhaustivos, pasamos a analizar.

La continuidad de la explotación económica como ratio legis del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil encuentra un apoyo jurídico adicional en el ámbito fiscal derivado del tratamiento favorable que recibe la empresa familiar, tanto en el Impuesto sobre Sucesiones y

(68) Vid. F. ADAME MARTÍNEZ, Beneficios fiscales para la empresa familiar en los Impuestos sobre el Patrimonio y sobre Sucesiones y Donaciones, Navarra, 2014; C. AGUSTÍN TORRES, Beneficios fiscales en la tenencia y transmisión de las empresas, Valencia, 1998, págs. 17 y ss. A. CAYÓN GALIARDO, “La transmisión de la empresa familiar y su tributación” en El Patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, tomo VII Tributación patrimonial, inmobiliaria y societaria. Responsabilidad tributaria de los Administradores sociales (dir. M. GARRIDO MELERO y J.M. FUJARDO ESTIVILL), Barcelona, 2005, págs. 119 y ss. C. CHECA GONZÁLEZ, “La empresa familiar en nuestro ordenamiento tributario” en La Fiscalidad de la empresa familiar, Asociación Española de Asesores Fiscales, Monografía nº15, 2000, pág. 156 y ss. J.R. DOMINGUEZ RODICIO, La exención en el I.P. de la participación en ciertas entidades y la bonificación en el I.S. derivada de la misma, 1997; P. LEACH Y T. BOGOD, Claves de la empresa familiar, Madrid, 1999, págs. 287 y ss. R. NEBREA VILLASANTE, “La fiscalidad de la empresa familiar y el protocolo familiar”, Boletín del ICAM nº12, 1999, págs. 151 y ss. A.J. SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA, “La organización del grupo familiar de empresas”, Boletín del ICAM nº12, 1999, págs. 107 y ss.

Donaciones como en el Impuesto sobre el Patrimonio. Los principales elementos de carácter fiscal que, desde un punto de vista legislativo, tienen especial trascendencia para las empresas familiares son tres, a saber: el régimen tributario del patrimonio empresarial de la familia, la tributación de los rendimientos obtenidos por los miembros de la familia y los problemas fiscales que plantea la sucesión de la empresa.

A fin de atenuar la tributación de la empresa familiar hasta prácticamente hacerla desaparecer, desde hace más de dos décadas se han ido estableciendo incentivos fiscales, tanto desde el ámbito estatal como por parte de las disposiciones que han ido emanando de las distintas Comunidades Autónomas en el uso de las competencias a ellas atribuidas. En ambos casos, el legislador ha tratado de favorecer la continuidad de las empresas familiares mediante el establecimiento de beneficios tributarios.

Pero la relevancia de la empresa familiar también es significativa en el ámbito europeo, como constata el hecho de que las instituciones europeas hayan dictado distintas resoluciones con la finalidad de garantizar la supervivencia de la empresa familiar, mediante el establecimiento de unos beneficios fiscales adecuados. La Comunicación de la Comisión DO C187, de 9 de julio de 1994, sobre la mejora del

entorno fiscal de las pequeñas y medianas empresas, anuncia una iniciativa destinada a mejorar el régimen fiscal aplicable a las sucesiones y donaciones de las mismas. En la Resolución DO C296, de 10 de octubre de 1994, el Consejo invita a los Estados miembros y a la Comisión a examinar las disposiciones en vigor que obstaculizan la creación, el crecimiento y la transmisión de empresas; del examen efectuado se concluye que “varios miles de empresas se ven obligadas anualmente a interrumpir su actividad debido a dificultades insuperables inherentes a su transmisión”.

Por ello, la Recomendación de la Comisión 94/1069/CE, de 7 de diciembre, sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas, insta a los Estados miembros a adoptar las medidas fiscales necesarias para facilitar la sucesión de la empresa familiar. Concretamente se habla de “aligerar” el régimen aplicable, puesto que considera que uno de los principales obstáculos que se oponen al éxito en la transmisión de la empresa familiar es la carga fiscal vinculada a ella , por cuanto que la misma afecta al equilibrio financiero y, por ende, puede llegar a comprometer su supervivencia, o cuanto menos a obligar a enajenar parte de sus activos, e incluso liquidar la empresa, para atender el pago de los derechos sucesorios. La Comisión considera igualmente que el régimen impositivo aplicable a la transmisión coloca a las empresas familiares

europeas en situación de desventaja frente a la competencia internacional. A la vista de los considerandos anteriores, en el artículo 6 Fiscalidad de la sucesión y donación se *“invita a los Estados miembros a adoptar una o varias de las siguientes medidas:*

a) reducir, siempre que se prosiga de manera creíble la actividad de la empresa durante un período mínimo, la carga fiscal que grava los activos estrictamente profesionales en caso de transmisión mediante donación o sucesión, incluidos los derechos de sucesión, donación y registro;

b) ofrecer a los herederos la posibilidad de escalonar o aplazar el pago de los derechos de donación o sucesión, siempre y cuando prosigan la actividad de la empresa, y conceder exenciones de intereses; velar por que en la evaluación fiscal de la empresa se pueda tener en cuenta la evolución de su valor hasta unos meses después del fallecimiento del empresario”.

Es destacable, asimismo, la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de septiembre de 2015, sobre las empresas familiares, por la que se traslada a la Comisión la necesidad de introducir diversas medidas, entre

ellas las de carácter fiscal, para proteger las empresas familiares a fin de evitar problemas de liquidez y competitividad que pongan en peligro la supervivencia de las mismas. La importancia de la empresa familiar en el contexto europeo se encuentra en la base de la justificación de las recomendaciones: representan el 85 % de las empresas europeas y generan el 60 % de los puestos de trabajo en el sector privado⁶⁹. Además, el Parlamento Europeo pide la aplicación de un entorno fiscal, jurídico y administrativo acorde con las especificidades de las mismas, a saber: papel muy significativo en el crecimiento económico y en el desarrollo social, dado que reducen el desempleo al invertir en capital humano; importancia esencial en el desarrollo regional, por su vinculación local, en términos de empleo, transmisión de capacidades y ordenación territorial; gran responsabilidad social; flexibilidad y capacidad para adaptarse rápidamente a los cambios en el entorno económico y social.

Las recomendaciones anteriores, emanadas de las instituciones europeas y dirigidas a mejorar el marco jurídico para la transmisión de las empresas familiares han sido adoptadas por la mayoría de los Estados miembros, entre los que se encuentra España.

(69) Según el anuario sobre empresas familiares de Ernst & Young 2014, citado en la propia Resolución.

A la hora de analizar el marco sucesorio español nos vamos a referir a la transmisión de la empresa familiar y sus beneficios fiscales. Desde la promulgación de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, que regula el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, y que es desarrollada en virtud de Reglamento aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, hasta nuestros días, ha existido un interesante elenco normativo⁷⁰ con el objeto de beneficiar fiscalmente tanto la transmisión de empresas familiares como la transmisión de participaciones en entidades.

(70) Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio; Ley 22/ 1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo; Ley 42/1994, de 20 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social; Real Decreto 2481/1994, de 23 de diciembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y participaciones en Entidades para la aplicación de la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio; Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica; Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social; Ley 14/1996, de 30 de diciembre, de cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas donde se establece que la CCAA puede legislar sobre las propias reducciones a la base imponible en adquisiciones *mortis causa*; Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social; Ley 49/1998, de 30 de diciembre por la que se aprueban los presupuestos generales del Estado; Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y profesionales y de las participaciones en entidades para la aplicación de las exenciones correspondientes en el Impuesto sobre el Patrimonio; Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000; Ley 21/2001, de 27 de diciembre de medidas fiscales y administrativas; Ley 51/2002, de 27 de diciembre reguladora de las Haciendas Locales; Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales administrativas y de orden social, entre otras.

Ente las disposiciones legislativas sucesorias destaca de forma particular el Real Decreto Ley 7/1996⁷¹, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica, que consagra una serie de bonificaciones en la base imponible en las transmisiones *mortis causa* siempre que se cumplan unos determinados requisitos, como veremos más adelante.

Como es bien sabido, es doctrina común que toda norma que produce una reducción fiscal rompiendo con el principio de generalidad e igualdad tributaria ha de tener un doble fundamento o, al menos, un sólido apoyo de alguno de estos dos pilares: justificación de su existencia en objetivos de política económica o social, constitucionalmente legítimos, o bien se trata de una norma que es consecuencia del propio principio de capacidad económica. En nuestro caso, nos encontramos ante una medida de política fiscal basada en objetivos perfectamente válidos y legítimos que no entran en contradicción con otros fines o principios también atendibles jurídicamente por su implicación en la idea misma de capacidad económica, pues reducir la carga fiscal que soporta por la

(71) Esta modificación fue consecuencia de la Recomendación de la Unión Europea del año 1994, citada anteriormente, por la que se instaba a los estados miembros a la adopción de medidas fiscales que facilitaran la supervivencia de la empresa familiar tras la muerte de su titular.

adquisición mortis causa de una empresa, cuando ésta se produce en el seno de un grupo familiar, no resulta ajeno al hecho de que el patrimonio empresarial haya sido creado con el esfuerzo de los mismos sujetos que pertenecen a ese conjunto de parientes, aunque la propiedad del negocio corresponda a unos solo de sus miembros. Gravar estas adquisiciones estaría, consecuentemente, en contradicción con los propios fundamentos de un impuesto sobre sucesiones.

El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones es un tributo de naturaleza directa y subjetiva que grava los incrementos de patrimonio obtenidos a título lucrativo por las personas físicas⁷², aplica una tarifa fuertemente progresiva y su devengo es instantáneo, dado que deviene exigible cuando se da la circunstancia del fallecimiento del causante. Se caracteriza, además, por ser un impuesto cedido a las Comunidades Autónomas, las cuales tienen capacidad para regular, en sus respectivos territorios, cuestiones relacionadas con aspectos concretos y determinados, a saber: las reducciones en la base imponible, la tarifa impositiva, la fijación de la cuantía del patrimonio preexistente y los coeficientes multiplicadores, las deducciones y bonificaciones en la cuota

(72) Los incrementos de patrimonio obtenidos a título lucrativo por las personas jurídicas se someten sólo al Impuesto sobre Sociedades.

del impuesto y la gestión y liquidación del impuesto, de acuerdo con lo establecido en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre de medidas fiscales y administrativas y en la Ley 22/2009, de 18 de diciembre de sistema financiero autonómico.

En la tributación de la transmisión de la empresa familiar para el supuesto de adquisiciones *mortis causa*, el heredero tributaría por el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, ya reciba una parte o la totalidad de la empresa. Sin embargo, en el caso de obtener una empresa individual, un negocio profesional o participaciones en entidades que reúnan una serie de requisitos (algunos de carácter familiar), se introdujo en el artículo 20 de la Ley 29/1987 el apartado 5 que establece una exención parcial que alcanza el 95 por 100 del valor de la misma, mediante la reducción citada de la base imponible del Impuesto, aunque con posterioridad, en el año 1996, dicha bonificación pasó a ubicarse en el apartado 2.c de ese mismo artículo 20⁷³. La redacción actual del art. 20.2.c de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones establece

(73) Con posterioridad, el artículo 20 de la LISD ha sufrido diversas modificaciones, entre ellas la ampliación del ámbito de la bonificación a las transmisiones lucrativas *inter vivos* (donaciones), que produce con la Ley 13/1996, de 30 de diciembre³⁴, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que añade un nuevo apartado 6 al artículo 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, en la redacción dada por el artículo 29 de la Ley de Cesión de Tributos del Estado a las Comunidades Autónomas y de Medidas Fiscales Complementarias.

una reducción del 95 por ciento en la base imponible en la transmisión *mortis causa* de un patrimonio empresarial o de un negocio profesional o de participaciones en entidades, de derechos de usufructo sobre los mismos, o de derechos económicos derivados de la extinción de dicho usufructo, siempre que con motivo del fallecimiento se consolide el pleno dominio y se cumplan una serie de requisitos, que pasamos a analizar a continuación.

Previamente, señalar que la competencia normativa asumida por las Comunidades Autónomas en virtud de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, y de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, se ha plasmado en el hecho de que los beneficios fiscales vinculados a la transmisión de la empresa familiar sean mayores en determinadas Comunidades Autónomas a los establecidos a nivel estatal. Así, el porcentaje de reducción alcanza el 99 por 100 en la mayoría de las mismas, excepto en el caso de la Comunidad Autónoma de Extremadura que se sitúa en el 100 por 100.

Por ello, es muy importante determinar qué normativa autonómica, o en su caso estatal, es aplicable a cada supuesto. La Ley 22/2009 en su artículo 32.1 concreta el punto de conexión, al establecer que se cede a cada Comunidad Autónoma el rendimiento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones producido en su territorio, para aclarar a continuación en el apartado 2.a) que en el caso de las adquisiciones *mortis causa*, y de las cantidades percibidas por los beneficiarios de seguros sobre la vida que se acumulen al resto de bienes y derechos que integran la porción hereditaria del beneficiario, se considera el territorio donde el causante tenga su residencia habitual a la fecha del devengo. A los efectos del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones hay que tener en cuenta que la residencia habitual de las personas físicas no es el domicilio civil, determinado de acuerdo con el artículo del art. 40.1 del Código Civil, sino que desde el punto de vista fiscal se considera la Comunidad Autónoma en cuyo territorio el contribuyente haya pasado el mayor período de tiempo en los cinco años inmediatos anteriores al día anterior al devengo (art. 28 de la Ley 22/2009)⁷⁴. En el caso de que el

(74) En el caso de personas jurídicas, el artículo 29 de la Ley 22/2009 establece que para la determinación del domicilio fiscal hay que atenerse a lo dispuesto en el artículo 48.2.b) de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, la cual que señala que será “su domicilio social, siempre que en él esté efectivamente centralizada su gestión administrativa y la dirección de sus negocios. En otro caso, se atenderá al lugar en el que se lleve a cabo dicha gestión o dirección”.

contribuyente no fuera residente en territorio español, tributaria como sujeto pasivo por obligación real, siendo de aplicación la normativa estatal

Como ya hemos mencionado, el artículo 20.2.c) de la Ley 29/1987, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, establece una bonificación de la base imponible en el caso de transmisión de la empresa familiar, siempre que se cumplan unos determinados requisitos. El mencionado precepto nos remite al cumplimiento de lo establecido en el artículo 4.ocho.1⁷⁵ de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio y en los artículos 1 a 3 y 7 a 9 del Real Decreto 1704/1999, de 5 de noviembre, por el que se determinan los requisitos y condiciones de las actividades empresariales y profesionales y de las participaciones en

(75) Artículo 4. ocho.1 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio: “Estarán exentos de este Impuesto: Los bienes y derechos de las personas físicas necesarios para el desarrollo de su actividad empresarial o profesional, siempre que ésta se ejerza de forma habitual, personal y directa por el sujeto pasivo y constituya su principal fuente de renta. A efectos del cálculo de la principal fuente de renta, no se computarán ni las remuneraciones de las funciones de dirección que se ejerzan en las entidades a que se refiere el número dos de este apartado, ni cualesquiera otras remuneraciones que traigan su causa de la participación en dichas entidades. También estarán exentos los bienes y derechos comunes a ambos miembros del matrimonio, cuando se utilicen en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional de cualquiera de los cónyuges, siempre que se cumplan los requisitos del párrafo anterior”.

entidades para la aplicación de las exenciones correspondientes en el Impuesto sobre el Patrimonio⁷⁶.

El Tribunal Supremo en sentencia de 14 de julio de 2016 confirma el carácter finalista de los incentivos fiscales a las empresas familiares, al señalar que los mismos tiene como objetivo facilitar en lo posible su transmisión evitando una eventual liquidación del negocio a consecuencia del pago del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Esto es, lo que persigue la norma es garantizar la supervivencia generacional de patrimonios empresariales, con independencia de que se trate de una empresa individual o de participaciones en entidades.

El carácter “*familiar*” de la empresa se exterioriza a través de los requisitos exigidos por la citada normativa, a saber:

(76) Para algunos autores la exigencia de gozar de exención en el Impuesto sobre el Patrimonio carece de sentido por cuanto se trata de dos impuestos totalmente distintos con diferente delimitación de los elementos determinantes del tributo; baste a modo de ejemplo que la fecha de determinación del devengo es distinta, lo que ha ocasionado no pocos conflictos. A este respecto véase Ernest de Aguiar “Beneficios en la empresa familiar: patrimonio y sucesiones, Colección de estudios e informes nº 13, 1998, La Caixa. También puede consultarse Ignacio Gallego “La empresa familiar. Su concepto y delimitación jurídica”, Cuadernos de reflexión nº 14 Cátedra Prasa de empresa familiar, Universidad de Córdoba, marzo 2012.

1º El adquirente debe ser el cónyuge, descendientes o adoptados de la persona empresario fallecida. En caso de que no existan descendientes o adoptados, la mencionada reducción será de aplicación a las adquisiciones por ascendientes, adoptantes o colaterales hasta el tercer grado. En todo caso el cónyuge supérstite tendrá derecho a la comentada reducción.

2º Que la entidad, sea o no societaria, no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario (sociedades patrimoniales), para lo cual se entenderá que una entidad no realiza una actividad económica cuando concurren, durante más de 90 días del ejercicio social, cualquiera de las circunstancias siguientes: que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o que más de la mitad de su activo no esté afecto a actividades económicas.

3º Que la participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad sea al menos del 5 por ciento individual o del 20 por ciento conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, por consanguinidad o afinidad.

4º Que el sujeto pasivo ejerza efectivamente funciones de dirección en la entidad, percibiendo por ello una remuneración que represente más del

50 por 100 de la totalidad de la suma de los rendimientos empresariales, profesionales y del trabajo personal.

5º La transmisión puede tener por objeto una empresa individual, un negocio profesional o entidades que desarrollen actividades empresariales, siempre y cuando estén exentos del Impuesto sobre el Patrimonio. Así como, la transmisión de la plena propiedad, nuda propiedad o derecho de usufructo vitalicio de las acciones o participaciones de entidades que están exentas en el Impuesto sobre el Patrimonio.

6º La adquisición deberá mantenerse durante los diez años siguientes al fallecimiento del causante, salvo que se produzca el fallecimiento del adquirente antes del vencimiento de plazo mencionado. Actualmente, el tiempo de permanencia ha sido acortado a cinco años en todas las Comunidades Autónomas, excepto en la Comunidad del Principado de Asturias donde se mantiene la duración de diez años.

7º No podrán realizarse actos de disposición ni operaciones societarias que, directa o indirectamente, puedan dar lugar a una minoración sustancial⁷⁷ del valor de adquisición durante el referido plazo.

(77) La Dirección General de Tributos indica que no se pierde el derecho a la reducción en el caso de una situación de concurso de acreedores en la que la empresa familiar no es culpable o por

De forma sintética se puede concluir que la exención de la transmisión de las empresas familiares en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones está condicionada a requisitos de parentesco, efectividad, participación y permanencia. Además, la concurrencia de los requisitos mencionados para la aplicación de la correspondiente reducción debe ser objeto de prueba por parte del sujeto pasivo; así lo ha venido reiterando el Tribunal Supremo en diversas sentencias⁷⁸.

En caso de incumplimiento de cualquiera de los requisitos enumerados se deberá tributar por la parte del Impuesto sobre Sucesiones que se hubiere dejado de ingresar como consecuencia de la reducción practicada.

En este sentido, ha de señalarse que el régimen de incentivos fiscales aplicable a la empresa familiar no ha estado exento de dificultades, habida cuenta de la diversidad de requisitos exigidos, la ausencia de uniformidad territorial en su aplicación ante la disparidad de normativas autonómicas aplicables, la interpretación dada por la Administración Tributaria, la evolución de la doctrina administrativa y los

la imposibilidad de mantener el valor de las participaciones por causas ajenas a la voluntad de los titulares (CV del 10 de enero de 2011 y del 16 de febrero de 2011).

(78) Sentencia de 17 de febrero de 2011 y Sentencia de 26 de octubre de 2012.

distintos criterios aplicados por los Tribunales de Justicia, algunos de ellos contradictorios, que han requerido sentencias de casación.

En relación con los requisitos exigidos realizamos a continuación ciertas consideraciones con respecto a algunos de ellos. En cuanto al criterio de parentesco, en la medida en que la empresa que se trasmite goce de exención en el Impuesto sobre el Patrimonio, la transmisión por herencia de la misma gozará asimismo de exención en el Impuesto sobre Sucesiones, en la medida en que el adquirente se encuentre dentro del ámbito subjetivo del grupo de parentesco delimitado por la Ley. Por una parte, indicar que los bienes heredaros han de tener previamente consolidada la exención en el Impuesto del Patrimonio y que esta exención ha de concurrir en el causante⁷⁹. Por otra parte, la reducción resulta aplicable no sólo a los descendientes consanguíneos sino también a los descendientes por afinidad⁸⁰.

Observamos que lo que se pretende es incentivar en mayor medida la adquisición por vía hereditaria de familiares más alejados, por ejemplo, sobrinos, pero esto siempre y cuando no existan descendientes en primer

(79) La Dirección General de Tributos ha insistido en que no es necesario que el causahabiente tenga derecho a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio.

(80) Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2003.

grado, porque en caso contrario los sobrinos no podrían beneficiarse de la reducción. Además, la doctrina señala que se puede aplicar la reducción a los miembros del grupo familiar no residentes en España, si cumplen los restantes requisitos exigidos (CV del 2 de septiembre de 2009); sin embargo, no es posible aplicar la reducción cuando el causante resida también en el extranjero (CV del 22 de septiembre de 2009).

Ahora bien, la reducción solo es posible cuando el negocio forma parte de la masa hereditaria y, por consiguiente, es objeto de transmisión *mortis causa*. El Tribunal Superior de Justicia de Burgos en sentencia del 23 de diciembre de 2009 establece que la reducción no es aplicable cuando la empresa se adjudica al cónyuge supérstite en pago a su participación en la sociedad de gananciales.

En cuanto al requisito de permanencia, se establece la obligación de mantener la adquisición durante cinco años⁸¹ a contar desde el día del fallecimiento del causante. La permanencia exige únicamente la obligación de mantener el valor de la adquisición durante el periodo citado, pero no exige la continuidad en el ejercicio de la misma actividad

(81) El requisito de permanencia actualmente es de cinco años; años atrás el periodo de permanencia exigido era superior (diez años). No obstante, cada Comunidad Autónoma puede establecer la duración que tenga por conveniente.

que se venía desarrollando, esto es, debe mantenerse el valor de adquisición sobre el que se practicó dicha reducción (del 99 por 100) con independencia del destino y materialización de la misma. Por ello no afecta a la permanencia la transmisión de los activos heredados si el importe es inmediatamente reinvertido en cualquier otro tipo de activos (fondos de inversión, depósitos a plazo fijo, obligaciones convertibles...) ⁸², aunque se establece como cautela que los nuevos activos adquiridos en sustitución de los heredados garanticen el período de permanencia establecido.

En consulta vinculante la Dirección General de Tributos ha declarado que el requisito de permanencia no se refiere a la actividad económica desarrollada, sino al valor de la misma, de forma que lo que se prohíbe no es la enajenación sino la realización de actos de disposición u operaciones societarias que lo minoren de forma sustancial ⁸³.

(82) Dirección General de Tributos consultas vinculantes de 6 de marzo de 2006, 31 de octubre de 2007 y 1 de septiembre de 2015).

(83) Por ejemplo, no afecta al requisito de permanencia la inmediata reinversión del importe de unas participaciones adquiridas *mortis causa* en fondos de inversión, aportaciones a sociedades, cuentas corrientes remuneradas, imposiciones a plazo fijo o en obligaciones convertibles.

En el mismo sentido, se puede constituir una sociedad de responsabilidad limitada mediante la aportación de la empresa individual heredada sobre la que se practicó la reducción, con mantenimiento de la misma actividad y de la titularidad que se atribuya a los socios según su participación hereditaria, sin que por ello resulte alterado el requisito de permanencia. Asimismo, el criterio de permanencia se flexibiliza al considerar que la transmisión de participaciones durante el período de permanencia no causa la pérdida de la exención si la transmisión se efectúa dentro del grupo de herederos con derecho a reducción (CV del 23 de junio de 2005).

Existe una estrecha vinculación entre el cumplimiento del requisito de afectación a la actividad empresarial de los bienes y derechos, según establece la Ley del Impuesto sobre Patrimonio, y la obtención de la bonificación prevista en la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. En el caso de empresario individual se exige como condiciones que deben cumplirse en el momento de devengo del impuesto:

- Que los bienes y derechos exentos en el Impuesto de Patrimonio sean los necesarios para el desarrollo de la actividad empresarial, es decir, bienes afectos a esa actividad.

- Que la actividad se ejerza de forma habitual, personal y directa por el sujeto pasivo.
- Que la actividad empresarial constituya la principal fuente de renta del sujeto pasivo.

A este respecto, la doctrina y la jurisprudencia han establecido que cuando la participación en la sociedad sea conjunta es suficiente con que la condición de ejercicio de la función de dirección y el requisito de remuneración por la misma se cumplan, al menos, en una persona del grupo familiar, sin perjuicio de que todos los integrantes del mismo tengan derecho a la exención. Es decir, no se exige que la persona que ejerce las funciones de dirección sea el titular de la participación, sino solamente que forme parte del grupo de parentesco⁸⁴.

Analizamos ahora otras cuestiones relativas a las adquisiciones *mortis causa* de determinadas participaciones en entidades que están

(84) La Dirección General de Tributos ha insistido en este aspecto reiteradamente en consultas vinculantes del 13 de febrero de 2008 y del 30 de enero de 2009, doctrina confirmada por la jurisprudencia Tribunal Superior de Galicia sentencia del 18 de diciembre de 2008 y ratificada por el Tribunal Supremo en sentencia del 26 de mayo de 2016.

exentas en el Impuesto sobre el Patrimonio de conformidad con lo previsto legislativamente⁸⁵.

(85) Artículo 4. ocho. dos Bienes y derechos exentos. Estarán exentos de este Impuesto:

Dos. La plena propiedad, la nuda propiedad y el derecho de usufructo vitalicio sobre las participaciones en entidades, con o sin cotización en mercados organizados, siempre que concurren las condiciones siguientes:

a) Que la entidad, sea o no societaria, no tenga por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Se entenderá que una entidad gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario y que, por lo tanto, no realiza una actividad económica cuando concurren, durante más de 90 días del ejercicio social, cualquiera de las condiciones siguientes:

- Que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o
- Que más de la mitad de su activo no esté afecto a actividades económicas.

A los efectos previstos en esta letra:

Para determinar si existe actividad económica o si un elemento patrimonial se encuentra afecto a ella, se estará a lo dispuesto en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Tanto el valor del activo como el de los elementos patrimoniales no afectos a actividades económicas será el que se deduzca de la contabilidad, siempre que ésta refleje fielmente la verdadera situación patrimonial de la sociedad.

A efectos de determinar la parte del activo que está constituida por valores o elementos patrimoniales no afectos:

1.º No se computarán los valores siguientes:

- Los poseídos para dar cumplimiento a obligaciones legales y reglamentarias.
- Los que incorporen derechos de crédito nacidos de relaciones contractuales establecidas como consecuencia del desarrollo de actividades económicas.
- Los poseídos por sociedades de valores como consecuencia del ejercicio de la actividad constitutiva de su objeto.
- Los que otorguen, al menos, el cinco por ciento de los derechos de voto y se posean con la finalidad de dirigir y gestionar la participación siempre que, a estos efectos, se disponga de la

correspondiente organización de medios materiales y personales, y la entidad participada no esté comprendida en esta letra.

2.º No se computarán como valores ni como elementos no afectos a actividades económicas aquellos cuyo precio de adquisición no supere el importe de los beneficios no distribuidos obtenidos por la entidad, siempre que dichos beneficios provengan de la realización de actividades económicas, con el límite del importe de los beneficios obtenidos tanto en el propio año como en los últimos 10 años anteriores. A estos efectos, se asimilan a los beneficios procedentes de actividades económicas los dividendos que procedan de los valores a que se refiere el último inciso del párrafo anterior, cuando los ingresos obtenidos por la entidad participada procedan, al menos en el 90 por ciento, de la realización de actividades económicas.

b) Que la participación del sujeto pasivo en el capital de la entidad sea al menos del 5 por 100 computado de forma individual, o del 20 por 100 conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, en la afinidad o en la adopción.

c) Que el sujeto pasivo ejerza efectivamente funciones de dirección en la entidad, percibiendo por ello una remuneración que represente más del 50 por 100 de la totalidad de los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal.

A efectos del cálculo anterior, no se computarán entre los rendimientos empresariales, profesionales y de trabajo personal, los rendimientos de la actividad empresarial a que se refiere el número uno de este apartado.

Cuando la participación en la entidad sea conjunta con alguna o algunas personas a las que se refiere la letra anterior, las funciones de dirección y las remuneraciones derivadas de la misma deberán de cumplirse al menos en una de las personas del grupo de parentesco, sin perjuicio de que todas ellas tengan derecho a la exención.

La exención sólo alcanzará al valor de las participaciones, determinado conforme a las reglas que se establecen en el artículo 16.uno de esta Ley, en la parte que corresponda a la proporción existente entre los activos necesarios para el ejercicio de la actividad empresarial o profesional, minorados en el importe de las deudas derivadas de la misma, y el valor del patrimonio neto de la entidad, aplicándose estas mismas reglas en la valoración de las participaciones de entidades participadas para determinar el valor de las de su entidad tenedora.

Gozan de exención la plena propiedad, la nuda propiedad y el derecho de usufructo vitalicio sobre las participaciones en entidades, con o sin cotización en mercados organizados, siempre que se cumplan cada uno de los requisitos relativos, respectivamente, al porcentaje de participación del sujeto pasivo, a las funciones de dirección y retribución de la misma, y a la entidad participada. Estos requisitos y condiciones para que resulte de aplicación la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio ha de referirse al momento en que se produzca el devengo del impuesto. La exención es también aplicable a la titularidad por un sujeto pasivo por obligación personal de las participaciones en sociedades extranjeras.

En relación con el requisito del porcentaje de participación, el sujeto pasivo titular ha de poseer un porcentaje de participación igual o superior al 5 por 100 del capital de la entidad. Este porcentaje deberá ser como mínimo del 20 por 100, cuando se computan conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado (es el grupo de parentesco), con independencia de que el parentesco lo sea por consaguinidad, afinidad o adopción. La participación se puede instrumentar en acciones, participaciones, etc... y el grado de de participación mínimo requerido, citado anteriormente, ha de alcanzarse mediante participación directa en la entidad, impidiéndose que pueda

cubrirse a través de participaciones indirectas. El porcentaje familiar de control exigido para la exención del Impuesto sobre el Patrimonio debe cumplirse en el momento del devengo del Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

A este respecto, el Tribunal Supremo en sentencia del 28 de abril de 2016 señala que la participación en el capital debe darse en el en el causante a consecuencia del fallecimiento, y, a partir de entonces, deberá darse en el heredero por sí solo o en conjunción con otros; “En ningún lugar se exige que el sujeto pasivo, previamente al devengo del tributo, deba ostentar una titularidad distinta a la que se produce con la sucesión hereditaria”.

En lo referente al segundo requisito señalado, indicar que el sujeto pasivo debe ejercer efectivamente funciones de dirección en la entidad participada y percibir por ello una retribución que representa más del 50 por 100 del total de la suma de sus rendimientos procedentes del trabajo y de actividades económicas. Se consideran funciones de dirección las de administración, gestión, coordinación y funcionamiento de la empresa, e incluyen cargos como presidente, director general, gerente, administrador, director de departamento, consejero, etc. Se exige documentación

acreditativa del ejercicio de tales funciones, siendo irrelevante la denominación empleada para denominar dichas funciones o el hecho de que en los estatutos se recoja la gratuidad de las mismas⁸⁶.

Las funciones de dirección y las retribuciones derivadas de la misma deben de cumplirse al menos en una de las personas del citado grupo de parentesco, sin perjuicio de que todas ellas tengan derecho a la exención. En el supuesto de que un mismo titular participe en varias entidades cumpliéndose los restantes requisitos de la exención, el cómputo del porcentaje de participación ha de efectuarse de forma separada para cada una de ellas, no incluyéndose en el cálculo del porcentaje la retribución de los rendimientos de las funciones de dirección de las otras entidades.

Por último, la entidad participada, sea o no societaria, no puede tener por actividad principal la gestión de un patrimonio mobiliario o inmobiliario. Se entiende que una entidad gestiona un patrimonio mobiliario o inmobiliario (y por tanto, no realiza una actividad económica) cuando durante más de noventa días del ejercicio social, más de la mitad

(86) Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2014 y del 18 de enero de 2016.

de su activo está constituido por valores o no está afecto a actividades económicas.

Debemos indicar, asimismo, que el causahabiente no pierde la reducción practicada en el caso de que los órganos de administración de las entidades en que participa realicen una serie de operaciones societarias acogidas al régimen especial de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores, resultando de las mismas que la titularidad se ostenta, no de las acciones heredadas sino de las recibidas a cambio, si el valor de la adquisición se conserva y se cumplen los demás requisitos.

La Dirección General de Tributos en su Resolución 2/1999 apartado 111.1.2 establece unas reglas específicas en el caso de transmisión de empresas individuales, entre las que podemos mencionar las dos siguientes:

- Si la actividad económica se desarrolla mediante una comunidad de bienes, sociedad civil o entidad sin personalidad jurídica, para gozar de exención cada comunero, socio o partícipe debe realizar la actividad de forma habitual, personal y directa, así como cumplir individualmente el resto de los requisitos.

- En las empresas de titularidad común a ambos cónyuges, procede la aplicación de la reducción aun cuando la actividad sea realizada exclusivamente por el cónyuge supérstite.

En el mismo sentido, la Dirección General de Tributos aclara en consultas vinculantes que no es posible aplicar la exención a una comunidad de bienes constituida por varias entidades mercantiles por cuanto los requisitos exigidos se cumplen indirectamente; que la participación en una SOCIMI no puede acogerse a la exención en el Impuesto sobre el Patrimonio y, por consiguiente, tampoco puede gozar de la reducción prevista en el Impuesto sobre Sucesiones. Lo mismo ocurre con los vocales del Consejo de Administración de la entidad cuando no influyen en la toma de decisiones relevantes ni perciben retribuciones por su cargo; doctrina administrativa ratificada por el Tribunal Supremo en sentencia del 31 de marzo de 2014 que establece la irrelevancia de que el cargo de administrador de la sociedad sea gratuito, porque lo que realmente importa es que se intervenga de forma decisiva en el desarrollo normal de la vida empresarial.

Cuestión controvertida es la delimitación de los activos sobre cuya cuantía se aplica la reducción: sobre el valor de los activos afectos o

sobre el valor total de la sociedad transmitida. El debate surge porque en el Impuesto sobre el Patrimonio la exención de la empresa familiar se establece exclusiva y textualmente para los activos afectos a la actividad económica desarrollada; mientras que en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se fija la exención con la única condición de que los activos de la empresa familiar estén exentos en el Impuesto sobre el Patrimonio, pero no se habla de afectación.

El alcance de la exención no es cuestión baladí dada su repercusión en la cuantía de la carga fiscal resultante, al tratarse de un impuesto con fuerte progresividad, como muestra la existencia de pronunciamientos contradictorios en sede jurisdiccional. Así, por ejemplo, el Tribunal Superior de Aragón abogó por la exención proporcional, esto es, la bonificación del Impuesto sobre Sucesiones debería aplicarse en la misma proporción que la exención determinada conforme a la normativa del Impuesto sobre el Patrimonio. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid permite la aplicación de la exención a la totalidad del patrimonio transmitido, sin prorrateo alguno.

El Tribunal Supremo en sentencia de casación de 16 de julio de 2016 unifica los criterios autonómicos y determina que la exención se

aplique únicamente sobre la *parte del patrimonio proporcionalmente afectada*, dado que la finalidad de la reducción «no es otra que beneficiar la continuidad de la empresa en funcionamiento, no privilegiar a quienes son empresarios para que bajo el paraguas de la empresa eviten pagar el Impuesto sobre Sucesiones que corresponderían por la adquisición de bienes que nada tienen que ver con la actividad empresarial»⁸⁷.

Como se ha podido apreciar a lo largo de este apartado de la investigación, con el beneficio fiscal expuesto se está tratando de evitar la disgregación del patrimonio empresarial familiar por una doble vía; en primer lugar, dejando exento de gravamen la transmisión por herencia de las acciones o participaciones que constituyen el patrimonio empresarial, y en segundo lugar, condicionando el beneficio anterior al mantenimiento de la adquisición por parte de los sucesores.

En conclusión, el régimen tributario actualmente aplicable a las empresas familiares tiende a beneficiar tanto su tenencia como su transmisión por causa de muerte del titular. De no ser por la exención y bonificación prevista en la propia normativa fiscal, el Impuesto sobre el

(87) Para algunos autores lo que se pretende es impedir que las empresas familiares sean utilizadas como sociedades instrumentales para eludir el pago de impuestos hereditarios.

Patrimonio incidiría negativamente en la eficacia de la empresa familiar, mermando su capacidad de autofinanciación y poniendo en peligro su supervivencia. El Impuesto de Sucesiones se convertiría así en un muro casi infranqueable impidiendo la continuidad de la empresa familiar llegado el momento del cambio generacional. La simbiosis que existe en este ámbito entre las empresas y sus titulares hace que, de hecho, las cargas fiscales que recaen sobre estos últimos al final sean soportadas por las propias empresas, por lo cual proponemos mantener y potenciar en la medida de lo posible las exenciones y bonificaciones fiscales a las empresas familiares; seguir avanzando en la línea marcada en este sentido por el régimen fiscal vigente de manera que el trato fiscal a la empresa familiar sea lo más beneficioso para la misma con el objetivo final de asegurar su supervivencia, dada la innegable importancia de las empresas familiares en la realidad económica española y mundial.

CAPÍTULO V

CRITERIOS JURISPRUDENCIALES APLICABLES

Todo estudio jurídico de rigor ha de ir acompañado de los correspondientes criterios jurisprudenciales. Sin ánimo de detenernos en el significado de la jurisprudencia y su importancia, ni en el análisis de su función, ni en la distinción entre doctrina legal y doctrina jurisprudencial¹, sí queremos poner de manifiesto que según proclama el artículo 1.6 del Código Civil *“la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”*.

Para una adecuada interpretación del artículo 1056 del Código Civil examinaremos a continuación el contenido de las principales sentencias comenzando por las más alejadas en el tiempo. En ellas la doctrina de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha venido declarando: que la facultad que concede el artículo 1056 del Código Civil supone y requiere

(1) Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, Derecho civil de España, Madrid, 1991, pág. 510.

un testamento previo o ulterior (Sentencia de 13 de junio de 1903² y Sentencia de 6 de marzo de 1917³); que dicha facultad no obsta para que posteriormente el causante, en vida, modifique su voluntad mediante el consiguiente otorgamiento de un nuevo testamento que deje sin efecto el anterior y la división en él practicada (sentencias de 9 de junio de 1903 y 4 de julio de 1940); y que no afecta a la validez de la partición el haber sido realizada en documento privado cuando, en testamento posterior, el padre se refiere a ella y siempre que se respete la legítima de los herederos forzosos (Sentencia de 6 de marzo de 1917).

Según Resolución de la Dirección General de los Registros de 14 de marzo de 1901, para que tenga efecto el precepto del artículo 1056 del Código Civil, es preciso que el testador haya expresado los bienes partibles y la distribución que haga de los mismos, bien indicando las reglas a que han de sujetarse con relación a todos y cada uno de los

(2) El Tribunal Supremo declara que la partición hecha por el testador supone un testamento previo en el que se dispone de los bienes, o la aplicación de las reglas de la sucesión intestada y que, por lo mismo, no surte esa partición efecto hasta después de la muerte del causante, ni le impide la posterior variación de su voluntad reflejada en un nuevo testamento cuyo otorgamiento conlleva la ineficacia del anterior, quedando sin efecto la división prevista en el mismo.

(3) El Tribunal Supremo declara válida la partición hecha en vida por un padre en documento privado cuando en testamento posterior se refiere a ella ordenando que se observe.

herederos, o bien manifestando claramente su voluntad de mantener indivisa una explotación agrícola.

En la misma época se dicta Sentencia de 21 de enero de 1907, jurisprudencia aplicable al artículo 1056 del Código Civil. La citada sentencia determina que, hechas por mutuo acuerdo del padre y sus hijos la partición en un solo instrumento, no sólo de la herencia de la madre premuerta, sino también la del primero, por actos *inter vivos* y con sujeción al criterio establecido por el mismo en su disposición testamentaria, y otorgado con posterioridad a este contrato particional, por el expresado padre un nuevo testamento revocatorio del anterior, es de derecho que la acción encaminada a resolver las particiones hechas contractualmente no deben prosperar⁴.

(4) 1º- porque si bien en las operaciones particionales y divisorias de una herencia deben llenarse todas las condiciones de forma y fondo necesarias para la determinación de los respectivos derechos, esto no obsta a que, con ocasión de ellas, puedan los interesados celebrar cuantos contratos, válidos en derecho, estimen convenientes para el mejor éxito y finalidad de aquéllas, sin que la circunstancia y ocasión de su celebración sea eficaz para desvirtuar en los más mínimo la fuerza y validez de lo pactado, desnaturalizando su verdadero carácter.

2º- porque convenidos el padre y los hijos, todos mayores de edad, en hacer la distribución o división de los bienes de la herencia de su difunta madre y de los pertenecientes al primero, o sea al padre, lo realizaron por escritura cediéndose mutuamente bienes y derechos, por lo que es indiscutible que, teniendo todos capacidad para contratar, y siendo legal lo pactado, celebraron no una simple aprobación de partición de herencia, sino un contrato válido, eficaz

A continuación haremos referencia más específica a los asuntos tratados en sentencias reseñables por su importancia en relación con el objeto de estudio de nuestra investigación.

ASUNTO: PARTICIÓN HEREDITARIA HECHA POR EL TESTADOR: SU FORMA Y EFICACIA: POSIBILIDAD DE IMPUGNACIÓN

(Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1945) ⁵

En esta sentencia, de la cual fue ponente D. José Castán Tobeñas, se consideró:

«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 dificultades técnicas de verdadera monta, siendo de tener en cuenta, por lo que afecta al Derecho patrio, los siguientes antecedentes históricos y doctrinales, de gran

en derecho y de carácter irrevocable a no mediar el concurso de la voluntad de todos los contratantes.

3º- porque el testamento posterior otorgado sólo podría tener eficacia para cuanto no afectase al contrato efectuado, dada la naturaleza de éste.

(5) RJ 1945/272

interés para interpretar adecuadamente la norma que, en términos harto lacónicos, establece el artículo 1056, apartado 1º 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 («divisio 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 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 venciessen alguno dellos en juyzio, alguna de sus cosas que le vinieron en su parte, estonce los otros herederos non serían tenudos de fazerle 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 («démision 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 «démision» del Derecho consuetudinario, aunque teniendo caracteres 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, habían 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 aquélla, 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 sólo en la composición cualitativa de los lotes, permitida por el artículo 1056 apartado 2º, 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 dición de éste, 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...»

ASUNTO: TESTAMENTO: VALIDEZ DE CLÁUSULA. DESEO DEL PADRE DE CONSERVAR INDIVISA EXPLOTACIÓN AGRÍCOLA

(Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1951) ⁶

La Sala de lo Civil sentenciadora declara que la sentencia recurrida ha infringido, entre otros, el artículo 1056.2º del Código Civil. En esta

(6) RJ 1951/1.618

sentencia, que se ocupa del problema de la prueba de la existencia de la explotación agrícola, y de la fue ponente D. Acacio Charrín Martín Veña, se consideró:

«... innecesario examinar ... si se establece una disposición mortis causa sobre la institución gallega conocida por “lugar acasariado” ... pues ésta no lo nombra por el nombre propio ... y sí únicamente como forma o lugar de distribución de bienes, y lo que expresa y claramente hace el testador en esa cláusula es disponer de todos sus bienes inmuebles sin distinguir que formen o no parte de un lugar acasariado, y se acoge para hacer tal disposición al precepto del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil, hasta el punto que toma de él las palabras más importantes que encierran la esencia y requisitos integrantes de tal precepto, que son la existencia material de una explotación agrícola y que el padre quiere conservarla indivisa.

Que la existencia tal explotación está afirmada por el testador y contra ella no se opone, por lo que resulta del apuntamiento remitido a este Tribunal, manifestación alguna por el demandante, pues no funda su demanda más que en la manera en que se ha hecho la partición y el perjuicio que con esa forma se ha causado a las legítimas, y por eso incurre en evidente error la Sala sentenciadora al sostener en su considerando 1º que la unidad de la explotación necesita una prueba terminante que no ha tenido lugar en los autos, porque constando 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.

Que el otro requisito de la voluntad del padre testador de conservar indivisa una explotación agrícola no necesita más fundamento que esa voluntad, lo cual aparece en este caso con toda claridad por emplear en la cláusula tercera

del testamento las mismas palabras del artículo 1056 mencionado, en modo que no hacen precisa interpretación alguna.»

ASUNTO: PARTICIÓN HEREDITARIA: PRACTICADA EN EL TESTAMENTO POR EL CAUSANTE: INVALIDEZ EN CUANTO AFECTA A UNOS BIENES DE LOS QUE NO PODÍA DISPONER LIBREMENTE, POR SER GANANCIALES Y NO HABERSE LIQUIDADADO LA SOCIEDAD

(Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 1988)⁷

En esta Sentencia de la fue ponente D. Francisco Morales Morales, se consideró:

Que «El principio general de que nadie puede transmitir o disponer de aquéllo 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 en general se refiere, en el artículo 659 del Código Civil, que circunscribe la herencia de todo causante a los bienes, derechos y obligaciones que integren 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. Asimismo, como aplicación más concreta de dicho principio general, la partición que, como una más de las clases o formas de partición hereditaria, puede hacer el propio

(7) RJ 1988/9301

testador, conforme al artículo 1056 del mismo 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, como ya tiene declarado esta Sala -Sentencias de 20 de mayo de 1965 (RJ 1965\2602), 17 de mayo de 1974 (RJ 1974\2068), 5 de junio de 1985 (RJ 1985\3095), entre otras».

ASUNTO: HERENCIA: ACCIÓN DE COMPLEMENTO DE LEGÍTIMA;
NECESIDAD DE OPERACIONES PARTICIONALES;
PARTICIÓN: NO LO ES LA ADJUDICACIÓN PARCIAL
REALIZADA POR EL CAUSANTE

(Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1989) ⁸

En esta sentencia de la fue ponente D. Francisco Morales Morales, se consideró:

Que «cuando un testador, diciendo hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 1056 del Código Civil, se limita en su testamento a adjudicar algunos de sus bienes a sus herederos forzosos, a los que atribuye por partes iguales el remanente de los demás bienes no adjudicados, y reserva la práctica, de las operaciones particionales para que la realicen los contadores-partidores por él nombrados expresamente, tales adjudicaciones, aunque siempre respetables dentro de los límites legales, no pueden conceptuarse como una partición, a los efectos

(8) RJ 1989/2023

prevenidos en el citado precepto, como tiene declarado esta Sala -Sentencias de 9 de marzo de 1961 (RJ 1961\945); 25 de enero de 1971 (RJ 1971\288; 15 de febrero de 1988 (RJ 1988\1987)»

ASUNTO: SUCESIÓN HEREDITARIA: PARTICIÓN POR EL TESTADOR:
EXISTENCIA

(Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1991) ⁹

En esta Sentencia de la fue ponente D. Alfonso Villagómez Rodil, el Tribunal Supremo consideró:

Que «... esta Sala no puede compartir la postura dubitativa del Tribunal de Apelación en cuanto a la dimensión jurídica del acto dispositivo testamentario... Se trata de una efectiva partición llevada a cabo por la mencionada ascendiente, que el artículo 1056 del Código Civil autoriza realizar por medio de testamento, toda vez que no se hace distribución de cuotas hereditarias, sino más bien una disposición distributiva definitiva y directa de la totalidad del caudal patrimonial entre sus dos únicos hijos, con precisión del destino de cada uno de los bienes para después de su muerte. Su raíz y fundamento hay que encontrarlo no sólo en la voluntad que así se manifiesta, sino también en el deseo que de esta manera expresó la testadora de evitar conflictos y enfrentamientos entre los sucesores designados.

La consecuencia de tal estado sucesorio es el mandato que contiene dicho precepto 1056 del Código Civil, en cuanto obliga a los herederos a pasar por ella.

(9) RJ 1991/909

La norma se presenta como imperativa, lo que refuerza el artículo 1058 que señalaba prioridad de la partición testamentaria y que, consecuentemente, ha de ser respetada, salvo que suponga perjuicio a la legítima de los herederos forzosos (artículo 1075 del Código Civil).

Los sucesores no llevaron a cabo en la escritura de 3 de agosto de 1973 ninguna partición de bienes de su causante, pues ya la había efectuado en su testamento y quedaron de esta manera vinculados a la misma y así lo expresaron. Lo que más bien realizaron fue la cumplimentación práctica de la misma y para su plena y efectiva operatividad dominical, pues la partición testamentaria ya atribuyó a los mismos los bienes adjudicados y su adquisición «iure hereditario», con independencia de que se diera homogeneidad en los lotes que refiere el artículo 1061 del Código Civil.

En este caso los herederos han de conformarse y admitir los bienes que les fueron designados, aunque los mismos no presenten condiciones igualitarias plenas, al tener que acatar y pasar por la partición que les venía impuesta.

Ello no quiere decir que los herederos capaces estén privados de toda facultad de disposición, para sobrepasar la partición realizada por su causante y así lo ha reconocido en jurisprudencia de esta Sala [Sentencias de 28 enero 1964 (RJ 1964\392), 25 febrero 1966 (RJ 1966\852) y 5 marzo 1991 (RJ 1991\1718)] conformando actos dispositivos, más bien que propios de partición, que exigen concierto preciso de voluntades, expreso y bien definido en este sentido, al presentar naturaleza novatoria, que no concurrió en el caso de autos; de ahí que no se pueda considerar la existencia de pacto contractual alguno, que haría factible la aplicación del plazo prescriptivo que contiene el artículo 1301 del Código Civil.»

ASUNTO: SUCESIÓN TESTAMENTARIA: INTERPRETACIÓN DEL TESTAMENTO: INTENCIÓN Y VOLUNTAD DEL TESTADOR: VOLUNTAD DE DEJAR A UN HIJO LA INDUSTRIA Y SUS ACCESORIOS Y A LOS DEMÁS HEREDEROS SUS LEGÍTIMAS EN METÁLICO

(Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 23 de octubre de 1996)

En esta sentencia, de la que fue ponente D. Antonio Puebla Povedano, se consideró:

«... que en este supuesto el demandado ostenta un título legitimador que proviene nada menos que de la voluntad expresa del testador. Esta legitimación proviene del testamento cuando literalmente establece que “lega a su hijo José J. G. la fábrica de piensos y la finca registral donde se encuentra establecida o sea un pedazo de terreno en la campiña y término de Montoro al sitio conocido por el Tejar del Préstamo, con cargo a los tercios de libre disposición y mejora”. Se trata, pues, de una disposición a título particular que se conoce técnicamente con el nombre de prelegado caracterizada por ser el legado que el testador deja a uno de sus herederos aparte de la porción hereditaria que le corresponde.

... pueden ser objeto de legado todas las cosas con un único límite y es el que dimana del respeto a las legítimas de los demás coherederos. Y es aquí, donde a juicio de este Tribunal, radica la auténtica problemática del presente caso... Por ello la única explicación hay que trasladarla al tema de la interpretación de la voluntad del testador partiendo de la base de que, de un lado era consciente de que

el bien legado era el único que debía formar la masa hereditaria, y de otro que no quiso preterir ni desheredar a los restantes hijos.

Y como quiera que la evidencia de todo ello es incuestionable resulta no menos patente que lo que quiso el testador es dejar a su hijo José la industria que poseía y todos sus accesorios de tal manera que los demás herederos debían cobrar sus legítimas en metálico tal y como permite el art. 1056.2. Ciertamente el citado precepto dice que el testador dispondrá que se satisfaga en metálico su legítima a los demás herederos, y en el testamento que nos ocupa no se contiene «expresamente» tal disposición, pero habrá de entenderse así por dos razones: una, porque la naturaleza misma de la disposición testamentaria no admite otra interpretación y otra porque al decir «en el resto», se está refiriendo obviamente al tercio de legítima estricta y como no hay más bienes en la herencia quiérese decir que habrá de pagarse en metálico.

La doctrina que interpreta esta norma establece, entre otras cosas, que esta facultad de pagar en dinero la legítima, no convierte a los legitimarios en meros acreedores del heredero y que su derecho, hasta que la legítima sea satisfecha sigue gravitando sobre el caudal mismo. Por ello tal vez donde radique el auténtico sentido del problema planteado sea a la hora de valorar tal legítima y de concretar en cifras precisas el importe de cada cuota.»

ASUNTO: SUCESIÓN HEREDITARIA: DERECHO SUCESORIO
GENREAL: PARTICIÓN DE LA HERENCIA. DIVISIÓN

(Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 11 de abril
de 2016)

En esta sentencia, de la que fue ponente D. Javier Antón Guijarro, se consideró:

Que «Para resolver el recurso de apelación habremos de partir de lo dispuesto por el art.1056 C.Civil según el texto vigente en el momento en que fue otorgada la disposición testamentaria arriba transcrita (y por tanto con anterioridad a la reforma introducida en dicha norma por 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, según el cual "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 padre que en interés de su familia quiera conservar indivisa una explotación agrícola, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos".

La cuestión relativa al ámbito objetivo de aplicación del precepto ha merecido controversia en la doctrina, habiéndose decantado la jurisprudencia (así STS 21 julio 1986) por entender que no es preciso que la disposición testamentaria contenga una auténtica partición revestida del conjunto de operaciones precisas para la adjudicación a cada heredero, tales como inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes, bastando con que se haga referencia a simples normas para la partición. Este criterio interpretativo según el cual la aplicación del art. 1056 C.Civil no exige que se contenga en testamento una completa partición de la totalidad del haber hereditario ha sido confirmada por la más reciente STS 4 noviembre 2008 (con apoyo en las SSTS 6 marzo 1945 y 4 febrero 1994) según la cual "Asimismo, se ha infringido el artículo 1056 en un doble sentido. Se ha ignorado que la partición, verdadera partición, ha sido hecha por la testadora y que no consta, ni se ha interesado en el suplico de la demanda,

que se haya perjudicado la legítima del hijo demandante. Ha sido una verdadera partición, en el sentido de que la testadora ha partido su patrimonio, aunque no incluya la totalidad del patrimonio hereditario y se haga precisa una nueva partición referida a los bienes no incluidos en la fecha por la testadora. Esta, incluso, la ha hecho sin preocuparse de la posible igualdad que contempla el artículo 1061. Asimismo, se ha infringido el artículo 1079 del código civil, pues el código contempla el que no se incluyan todos los bienes del patrimonio hereditario en la partición, sin que ello produzca la ineficacia de la misma; como se ha dicho, no es preciso que la partición incluya todo los bienes, absolutamente, del patrimonio hereditario. Incluso en el presente caso, la testadora hizo una especial referencia al resto de sus bienes. En definitiva, en el presente caso hubo una partición hecha por la testadora, que evita la existencia de la comunidad hereditaria, sin perjuicio de que deba hacerse de una parte, resto de sus bienes, prevista y no partida".

Sentado lo anterior y por lo que respecta al pago en metálico de la legítima, esta Sala tampoco comparte las conclusiones alcanzadas por la Juez de primera instancia. Ciertamente el pago en metálico regulado en los arts. 841 y 842 C.Civil aparece configurado como una facultad de los elegidos que podrán ejercitar dentro del plazo señalado al efecto. Sin embargo, y como señala la doctrina civilista, nada de eso acontece en el párrafo segundo del art. 1056 C.Civil desde el momento en que el adjudicatario está obligado, y no sólo facultado, a pagar en metálico las legítimas de los demás hijos, sin la facultad de opción de los arts. 842 y 844 C.Civil , y ello por cuanto aquella norma emplea términos imperativos, lo que excluye que el adjudicatario de la explotación disponga de la facultad de elegir entre quedarse con ella o aplicar las reglas particionales generales, con el consiguiente riesgo de venta y reparto del precio, lo que frustraría la finalidad

perseguida por el legislador de proteger el interés familiar y la conservación indivisa de la explotación agrícola. »

CONCLUSIONES FINALES

La obtención de una conclusión definitiva, práctica, razonable y fundada es la finalidad de cualquier estudio científico y de éste, también. Ahora bien, de todos es sabido que en Derecho, desafortunadamente, no existen conclusiones definitivas. El Derecho no es todavía, y en mi opinión, no será nunca, una realidad terminada, sino una realidad que se está haciendo día a día y sus conclusiones serán necesariamente de carácter provisional, simples hipótesis que es preciso aceptar a falta de otras mejores y mejor fundadas.

Las conclusiones, aunque provisionales, deben ser prácticas, es decir, útiles. La verdad pragmática debe ser también la verdad jurídica, porque aceptar conclusiones que funcionen en la práctica es más razonable y resulta más consolador que llegar a aceptarlas inútilmente. Dicho lo cual, me atrevo a manifestar las siguientes conclusiones como resultado del estudio realizado en los términos recogidos en las páginas anteriores, y en respuesta a las preguntas planteadas en la introducción del mismo al señalar los objetivos de esta tesis.

- PRIMERA -

En la transmisión mortis causa de una empresa familiar, la preparación de la sucesión es un aspecto fundamental y la mentalización acerca de la importancia de esta cuestión, es un factor clave para su continuidad. La preparación de la sucesión requiere una planificación serena y reflexiva de la misma y la legislación civil, en el ámbito del Derecho común, pone a disposición del testador el instrumento jurídico necesario para llevar a cabo dicha acción. El artículo 1056.2 del Código Civil es una herramienta hábil para garantizar la conservación de la empresa familiar. La norma parece contemplar prioritariamente la transmisión mortis causa de la empresa familiar perteneciente al fundador, el cual, tratándose de empresa societaria, es titular de una parte de capital suficiente para mantener la unidad de la empresa y el control de la sociedad. Se trata de considerar a la empresa en su conjunción de varios elementos organizados entre sí, constituyendo un todo indivisible. Nos encontramos ante una norma dispositiva que excepciona el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima sobre la base fundamental de “preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de de éstas”. La intangibilidad cuantitativa de la legítima permanece inalterada, y la protección de los derechos de los legitimarios, garantizada.

- SEGUNDA -

La génesis de la norma y el estudio realizado de los antecedentes históricos de la misma, nos lleva a concluir que no existen, en sentido estricto, ni pueden existir, precedentes normativos en el Derecho romano, aunque sí, figuras asimilables. La protección de la explotación económica familiar aparece ínsitamente incorporada en el propio concepto de familia y herencia. La familia en el Derecho romano es una familia patriarcal, gobernada por el pater familias, y se organiza como una unidad patrimonial de producción, no como la familia nuclear que, generalmente, se presenta como una unidad de consumo. El poder del pater familias es originariamente absoluto en el Derecho romano clásico, sobre los individuos y sobre el patrimonio familiar. El titular de los derechos patrimoniales sólo puede serlo el pater familias. Todo lo que un hijo adquiriera (ya sea por negocios que lleve acabo, o por disposiciones a su favor, incluidos los actos mortis causa) pasa a engrosar el patrimonio familiar, patrimonio gobernado por el pater familias.

En la familia germánica todo el patrimonio se hallaba fuertemente vinculado al parentesco de sangre, existiendo a efectos sucesorios herederos natos, a quienes nadie podía privar de sus derechos; pero además, en el raro supuesto de que no existieran tales herederos,

tampoco el causante podía disponer libremente de los bienes mortis causa, puesto que ello era considerado fraudulento para los derechos reversionales que correspondían a la Sippe (familia), que funcionaba como una comunidad genérica. La Sippe no se concibe como patriarcal, sino que, en una caracterización mucho más primitiva, se configura como una comunidad de administración y general, hasta bien entrada la Edad Media. Se reunía todo el patrimonio del marido, de la mujer y de los hijos, en una única masa común patrimonial que era administrada por el jefe de la Sippe: el marido. Entre los pueblos de la tradición jurídica germánica, no existió el testamento; la única sucesión mortis causa que conocieron fue la sucesión legal, intestada, necesaria. Todos los bienes eran propiedad de la familia, y debía seguir en ella. Todo el patrimonio familiar ha de continuar en la comunidad doméstica; y si por cualquier causa ésta se extingue, los bienes han de revertir a la originaria Sippe. La sucesión en los derechos de raíz germánica no tiene el carácter de generalidad propio del Derecho romano. Existen una pluralidad de sucesiones en la masa patrimonial correspondiente a cada causante: dividiéndose los bienes de acuerdo con su particular naturaleza y según su procedencia (sucesión troncal).

- TERCERA -

En el derecho histórico español, la Ley VIII, Título I, Partida VI, autoriza al padre a partir su sucesión entre sus hijos y nietos; siguiendo el esquema del Derecho romano, según el cual la partición practicada por el testador era la más firme y segura, pues no podía rescindirse si no existía lesión en las legítimas. A su vez, la Ley XIX de Toro permitió que el testador señalara cosas singulares con las que se bebiera satisfacer la mejora de tercio o quinto. Y se llega a la solución de que si la cosa donada no pudiera dividirse cómodamente y excediere del valor del tercio y quinto y legítima del mejorado, éste debía tener preferencia para adjudicársela en la licitación. En la época de la codificación, el precedente más remoto de la norma contenida en el artículo 1056 del Código Civil, lo encontramos en el artículo 899, que se relaciona necesariamente con los artículos 660 y 661, del proyecto de Código civil de 1851. El precedente más inmediato se halla en el artículo 1073.2º del Anteproyecto del Código Civil (1882-1888).

- CUARTA -

El titular de la empresa familiar puede evitar la desaparición de la misma tras su fallecimiento, haciendo uso de la facultad concedida en el

artículo 1056.2 del Código Civil. Originariamente, es decir en la primera redacción del señalado precepto, esta facultad se otorga al padre respecto de sus hijos o descendientes. Conforme a la actual redacción del párrafo segundo del artículo 1056, desde la modificación introducida en el mismo por la Ley 7/2003, de 1 de abril, de Sociedad Limitada Nueva Empresa, el testador al actuar en base a dicho precepto, puede hacerlo “en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia”.

- QUINTA -

La redacción estricta del artículo 1056.2 actualmente vigente permite considerar que la atribución-adjudicación-transmisión se haga incluso a favor de persona extraña a la familia; alguien que presente las cualidades idóneas o suficientes y los mejores méritos para lograr la continuidad de la empresa puede ser designado adjudicatario por el testador. En tal caso, ya no será empresa familiar, pero se la quiere preservar (al menos en el propósito) como unidad económico-productiva y ello al legislador, le basta. La norma se inscribe dentro del ámbito de la protección de la familia y de la legítima y cualquier transmisión a extraños tendrá que respetar tales límites.

- SEXTA -

El testador es enteramente libre en cuanto a la manera de realizar la partición y podrá practicarla por actos *inter vivos* o *mortis causa*, con la limitación derivada del respeto debido a la legítima de los herederos forzosos. Es evidente que no existiendo herederos forzosos, el testador puede disponer de sus bienes en la forma que mejor tenga por conveniente. Hecha la partición por el testador, los herederos han de pasar por lo que aquel hubiese hecho, siempre y cuando no perjudique su derecho a la legítima que les corresponda. La partición es privilegiada sobre todo las demás; sólo tiene los límites de las normas imperativas sobre legítimas, reservas y derecho de reversión. La partición es válida en todo cuanto no perjudique la legítima de sus herederos forzosos, quienes, en caso de sufrir perjuicio, podrán pedir el complemento a la misma por vía del artículo 815 del Código Civil. Este precepto está concebido en términos absolutos al decir que el heredero forzoso que reciba “por cualquier título” menos de su legítima, podrá pedir el complemento de la misma. El artículo 1075 del Código Civil que regula la rescisión por lesión, junto con el artículo 1077 del mismo cuerpo legal, resuelve más concretamente la cuestión: hecha la partición por el testador, los herederos no pueden impugnarla por causa de lesión contra la voluntad de su causante mientras no se perjudique la legítima. Los herederos,

conforme a lo dispuesto en el artículo 1070 del Código Civil, no quedan obligados entre sí a la evicción y saneamiento de los bienes adjudicados, a no ser que sea esa la voluntad del causante, y salvo el mismo límite: la integridad de la legítima que necesariamente ha de respetarse.

La partición realizada por el testador conforme al artículo 1056.2 puede ser total, si comprende todos los bienes del causante, o parcial, en el caso de estar limitada a ciertos bienes o derechos e incluso a determinada persona o grupos de personas. La partición de los bienes no mencionados por el testador se efectuará en la forma que según los casos proceda. Ni el precepto de referencia ni la doctrina científica que lo desenvuelve y explica, se muestran a favor de la nulidad de la partición efectuada por el testador, simplemente por el hecho de no haberse incluido en ella todos sus bienes. A tenor de lo establecido en el artículo 1079 del Código Civil, ni siquiera la omisión de alguno o algunos objetos o valores de la herencia es causa de rescisión de la partición.

- SÉPTIMA -

El precepto analizado autoriza la disposición por el causante del pago de las legítimas del no adjudicatario con efectivo extrahereditario, e incluso el aplazamiento de su pago hasta un máximo de cinco años, que

puede establecer el contador por él designado. El artículo 1056.2 no impide al testador realizar la adjudicación de la explotación económica o de las acciones a favor de más de una persona con la carga de que paguen en metálico extrahereditario las legítimas de los demás. En este caso, se crearía una comunidad exclusivamente entre los adjudicatarios. Con esta decisión incluso podría resultar más asequible el pago de las compensaciones en metálico ya que serían dos o más pagadores y además la porción de la legítima a pagar será menor que en el caso de adjudicar la explotación a uno sólo de los legitimarios.

- OCTAVA -

El estudio de la empresa familiar suscita gran interés para la economía, el derecho, la sociología y la ética. El carácter multidisciplinar de la empresa familiar es indiscutible. El concepto de empresa familiar engloba dos términos independientes con sustantividad propia, a saber, empresa y familia. El primero se rige por el principio económico de búsqueda y obtención de beneficio mientras que el segundo se rige por la idea de solidaridad, lealtad y afecto; produciéndose así una íntima conexión entre tres ámbitos interrelacionados, a saber, empresa, propiedad y familia. Para comprender las dificultades que amenazan a la

continuidad de la empresa familiar, es necesario tener en cuenta las peculiaridades que se dan en este tipo de negocios: existe una estrecha relación entre la vida de la empresa y la vida familiar. Esto hace que se produzcan conflictos relacionados con la vida personal de los integrantes de la familia, con la gestión de la empresa y con la propiedad de la misma. El arbitraje y la mediación constituyen una vía alternativa a la resolución de tales conflictos. Queda abierta aquí una interesante línea de investigación que permita conocer hasta qué punto es eficaz la mediación en este ámbito, es decir, en qué medida puede garantizarse la conservación de la empresa familiar a través del arbitraje y la mediación.

- NOVENA -

Los pactos sucesorios podrían llegar a constituir un instrumento esencial de organización y planificación de la sucesión en la empresa familiar también en el ámbito del Derecho Común. La legislación civil tiene una fuente de inspiración importantísima en las legislaciones forales.

- DÉCIMA -

El régimen tributario actualmente aplicable a las empresas familiares tiende a beneficiar tanto su tenencia como su transmisión por causa de muerte del titular. De no ser por la exención y bonificación prevista en la propia normativa fiscal, el Impuesto sobre el Patrimonio incidiría negativamente en la eficacia de la empresa familiar, mermando su capacidad de autofinanciación y poniendo en peligro su supervivencia. El Impuesto de Sucesiones se convertiría así en un muro casi infranqueable impidiendo la continuidad de la empresa familiar llegado el momento del cambio generacional. La simbiosis que existe en este ámbito entre las empresas y sus titulares hace que, de hecho, las cargas fiscales que recaen sobre estos últimos al final sean soportadas por las propias empresas, por lo cual proponemos mantener y potenciar en la medida de lo posible las exenciones y bonificaciones fiscales a las empresas familiares; seguir avanzando en la línea marcada en este sentido por el régimen fiscal vigente de manera que el trato fiscal a la empresa familiar sea lo más beneficioso para la misma con el objetivo final de asegurar su supervivencia, dada la innegable importancia de las empresas familiares en la realidad económica española y mundial.

BIBLIOGRAFÍA

ADAME MARTÍNEZ. *Beneficios fiscales para la empresa familiar en los Impuestos sobre el patrimonio y sobre sucesiones y donaciones*, Navarra, 2014.

AGUSTÍN TORRES. *Beneficios fiscales en la tenencia y transmisión de las empresas*, Valencia, 1999.

ALBALADEJO GARCÍA. *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, Tomo XIV, vol. 2º, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1989.
- *Curso de Derecho civil V. Derecho de sucesiones*, Madrid, 2013.

ALBIEZ DOHRMANN. “Algunos instrumentos jurídicos -contractuales- para la conservación y continuidad de las empresas familiares colectivas. Su endeblez jurídica”, capítulo 6 de libro *Protección del patrimonio familiar*, coordinado por J. Sánchez Calero y R. García Pérez, Valencia, 2006, págs. 215 a 260.

ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA. “Derecho de sucesiones en el ámbito de la empresa familiar”, Monografía nº 15, *La fiscalidad de la empresa familiar*, Madrid, 1999, págs. 303 a 323.

- “La empresa familiar: notas introductorias”, *La empresa familiar*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, nº 12, mayo 1999, págs. 11 a 20.

ALONSO GONZÁLEZ. “El Impuesto sobre sucesiones y patrimonio”, *El futuro de la fiscalidad. Propuestas para un tejido productivo más competitivo*, Instituto de la Empresa Familiar, 2007, págs. 37 a 46.

ALZAGA VILLAMIL. *Comentario sistemático a la Constitución de 1978*, Madrid, 1978.

AMAT SALAS. *La continuidad de la empresa familiar*, Barcelona, 1998.

- “La continuidad de la empresa familiar”, Monografía nº 15, *La fiscalidad de la empresa familiar*, Madrid, 1999, págs. 123 a 128.

AMENTA. *La successione: essereo no essere?, rassegna di Dritto civile*, Napoli, 2009.

AMUNÁTEGUI PERELLÓ. *Origen de los poderes del paterfamilias. El paterfamilias y la patria potestas*, Madrid, 2009.

AÑOVEROS TERRADAS. "Los pactos sucesorios vinculados a la transmisión de la empresa familiar desde la perspectiva del derecho interregional", Girona, 2009, págs. 403 a 420.

ARANGIO RUÍZ. *Instituciones de Derecho Romano*, Nápoles, 1952.

- *Historia del Derecho Romano*, 5ª edición, 1994.

ARIAS RAMOS y ARIAS BONET. *Derecho romano I, Parte General*, Madrid, 1974.

- *Derecho romano II Obligaciones-Familia-Sucesiones*, Madrid, 1974.

ARRIOLA ARANA. "Titularidad sucesoria en la empresa familiar", en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, coordinado por V. M. Garrido de Palma, Tomo IV, Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar, Barcelona, 2005, págs. 753 a 777.

ARVIZU Y GALÁRRAGA. *La disposición mortis causa en el Derecho Español de la alta edad media*, Pamplona, 1977.

BALLARÍN MARCIAL. “Introducción y crítica a la naturaleza de la ley de modernización de explotaciones agrarias”, en *Revista de Derecho Agrario* julio/diciembre, 1995, págs. 7 a 12.

- “La sucesión mortis causa de la explotación agraria”, en *Revista jurídica del notariado* nº 38, 2001, págs. 9 a 30.

BANACLOCHE PALAO. *Transmisión de la empresa familiar en el Impuesto sobre sucesiones y donaciones*, Navarra, 2002.

BANACLOCHE PALAO y GALÁN RUIZ. “La fiscalidad de la empresa familiar”, *Harvard Deusto finanzas y contabilidad*, 2005, págs.

BATALLA DE ANTONIO. “La empresa familiar y el análisis del Art. 1056.2º del Cc”, en *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, coordinado por O. Monje Balmaseda, Tomo I, Madrid, 2014, págs. 133 a 151.

BATISTA FAYAD. “Beneficios fiscales de la empresa familiar en España”, *El cambio generacional en la empresa familiar*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, nº 27, octubre, 2003, págs. 135 a 156.

BERMEJO PUMAR. *Instituciones de Derecho privado, sucesiones, vol. 3º, las atribuciones legales, la legítima (función y estructura)*, coordinado por J.F. Delgado de Miguel, Madrid, 2005.

BERAZA GARMENDIA. “El protocolo como instrumento de garantía de la continuidad de la empresa familiar”, *Revista de Dirección y Administración de Empresas*, nº 8, septiembre, 2000, págs. 18 a 27.

BETANCOURT. *Derecho romano clásico*, Sevilla, 2010.

BETTI. *Teoria generale de la interpretacioni*, Milano, 1956.

BONFANTE. *Instituciones de Derecho romano*, Madrid, 1979.

BINDER. *Derecho de sucesiones*, Madrid, 1953.

BITSUNOV REPIN. “La reforma fiscal: Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones”, mayo/junio 2015, págs. 33 a 35.

BONET RAMÓN. *Derecho civil*, Barcelona, 1948.

BRUNNER. *Historia del Derecho germánico*, traducido por J.L. Álvarez López, Barcelona, 1936.

BUSTO LAGO. *Derecho de sucesiones. Legislación, comentarios y jurisprudencia*, Pamplona, 2007.

CABANILLAS GALLAS. *Evicción y saneamiento en la partición*, Pamplona, 1969.

CABEZUELO ARENAS. *Diversas formas de canalizar la cautela socini*, Valencia, 2002.

CALATAYUD SIERRA. "La facultad del testador de imponer obligaciones a sus sucesores", *revista jurídica del notariado*, julio/septiembre 2010.

CALVO VERGEZ. "Quincena Fiscal Aranzadi", respecto de los datos de la empresa familiar y de los requisitos a la admisión en el mercado de valores, números 1 y 2, Madrid, 2009.

CAMISÓN ZORNOZA Y RÍOS NAVARRO. *El protocolo familiar: metodologías y recomendaciones para su desarrollo e implantación*, Valencia, 2016.

CAMISÓN ZORNOZA Y VICIANO PASTOR. *Dirección, organización del gobierno y propiedad de la empresa familiar. Un análisis comparado desde la economía y el derecho*, Valencia, 2015.

CANO. *Barómetro europeo de la empresa familiar*, Tercera, Cuarta y Quinta Edición, 2014, 2015 y 2016.

- *La empresa familiar en España (2015)*, Madrid, 2015.

CARBALLO FIDALGO. "Estudios y comentarios legislativos (comentarios al artículo 1056.2)", Madrid, 2011.

CARRASCO PERERA. "Actualidad jurídica Aranzadi, número 580".

CASANUEVA SÁNCHEZ. *La nulidad parcial del testamento*, con prólogo de A. M. Román García, Madrid, 2002.

CASTÁN TOBEÑAS. *Hacia un nuevo derecho civil*, Madrid, 1933.

- *Derecho civil español, común y foral VI* rev. por A.M. Román García, Madrid, 2005.

- *Derecho civil español, común y foral VI* rev. por A.M. Román García, Madrid, 2015.

CASTILLEJO. *Historia del Derecho romano. Política, doctrinas, legislación y administración*, Madrid, 2004.

CASTRO HEREDIA. *Estudio de Derecho sucesorio romano*, Sevilla, 2002.

CASTRO SÁENZ. *Herencia y mundo antiguo. Estudio de Derecho sucesorio romano*, Sevilla, 2002.

CAYÓN GALLARDO. *La transmisión de la empresa familiar y su tributación*, Tomo VII, Barcelona, 2005.

CICU. *Lo spirito del diritto di famiglia*, Macerata, 1914.

- *Derecho de familia, trad.*, Buenos Aires, 1947.

CHECA GONZÁLEZ. "La empresa familiar en nuestro ordenamiento tributario", Monografía nº 15, Madrid, 2000.

CLAVER CORTÉS, RIENDA GARCÍA y PERTUSA ORTEGA. "Un marco teórico para la continuidad de la empresa familiar desde el punto de vista estratégico", *Esic Market*, 2004, págs. 229 a 257.

CHICO Y ORTIZ. *Estudios sobre Derecho hipotecario*, Tomo I, Madrid, 2000.

CORBETTA. "Learning from practice: How to Avoid mistake in succession processes", 2008.

COSSÍO Y CORRAL. *Instituciones de Derecho civil II*, Madrid, 1975.

CREMADES GARCÍA. *Sucesión mortis causa de la empresa familiar: la alternativa de los pactos sucesorios*, Madrid, 2014.

CUADRADO IGLESIAS. "El testamento mancomunado en el ordenamiento jurídico español después de la Ley de 24 de diciembre de 1981", en el libro homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño, Salamanca, 1984, págs. 117 a 146.

CUENCA ANAYA. "Transmisión mortis causa de la explotación familiar agraria", *Revista de Estudios Agrosociales* nº 123, 1983, págs. 43 a 67.

DE AGUIAR. "Beneficios fiscales en la empresa familiar: patrimonio y sucesiones", *Colección Estudios e Informes* nº 13, 1998, págs. 1 a 245.

DE ARQUER ARMANGUÉ. *La empresa familiar*, Pamplona, 1979.

DE CASTRO Y BRAVO. *Derecho Civil de España*, Madrid, 1949.

- *Compendio de Derecho civil*, Madrid, 1968.

- *Derecho civil de España*, Madrid, 1991.

DE CHURRUCA Y MENTXAKA. *Introducción histórica al Derecho romano*, Bilbao, 2007.

DE HINOJOSA NAVEROS. *El elemento germánico en el Derecho español*, Madrid, 1915.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ. "Estudios sobre el pago en metálico de la legítima", en *Centenario Ley del Notariado*, Tomo I, Madrid, 1962, pág 713 y ss.

- "El pago en metálico de la legítima de los hijos o descendientes después de la ley de 13 de mayo de 1981", *ARAJL*, 1983, pág. 125 y ss.

- "Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima", *Anuario de Derecho Civil*, 1986, pág. 833 y ss.

- *Compendio de Derecho sucesorio*, Madrid, 1990.

DE LA ESPERANZA RODRÍGUEZ “Perspectiva sobre la legítima”, en homenaje a I. Sánchez Mera.

DE LOS MOZOS. “La partición de la herencia por el propio testador”, *Revista de Derecho Notarial*, nº XXVII, 1960, págs. 99 a 234.

- “Hacia un derecho sucesorio agrario (aspectos de la conservación de la explotación en el Código civil, en los Derechos forales y en Derecho colonización)”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1974.

- “La sucesión en las explotaciones agrarias”, Estudios monográficos del Ministerio de Agricultura, Madrid, 1976.

- *Propiedad, herencia y división de la explotación agraria. La sucesión en el Derecho agrario*, Madrid, 1977.

- *Derecho civil español I, parte general*, vol. 1, Introducción al derecho, Salamanca, 1977.

- *El Código Civil. Debates parlamentarios 1885-1889*, Madrid, 1989.

DELGADO ECHEVARRÍA. “Una propuesta de política del derecho en materia de sucesiones por causa de muerte”, *Derecho de sucesiones. Presente y futuro, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Murcia, 2006, págs. 13 a 171.

DELGADO TRUYOLS. “Fundamentales novedades sucesorias en materia civil y tributaria”, *El notario del Siglo XXI*, mayo/junio 2015, págs. 12 a 18.

DÍAZ DE GUIJARRO. *Derecho de familia*, Buenos Aires, Argentina, 1953.

DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, Tomo III, Madrid, 1995.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN. *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Madrid, 2006.

DÍEZ SOTO. “El pago de las legítimas en dinero: un instrumento para planificar la sucesión en la empresa familiar”, *Revista de empresa familiar*, vol. I, nº 1, mayo, 2011.

DOMINGO DE MORATÓ. *El Derecho civil español con las correspondencias del romano*. Valladolid, 1977.

DOMÍNGUEZ LUELMO. *El pago en metálico de la legítima de los descendientes*, Madrid, 1989.

- "Comentario al artículo 1056", Comentarios al Código Civil, Valladolid, 2010.

DORÍS. *Elementos de Derecho privado romano*. Pamplona, 1992.

- *Derecho privado romano*. Pamplona, 2004.

ENTRECANALES. *Empresa Familiar: valores, crecimiento y futuro*, XV Congreso Nacional de la Empresa Familiar, Barcelona, noviembre, 2012.

ESPEJO LERDO DE TEJADA. *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, Madrid, 1996.

- *La sucesión contractual en el Código Civil*, Sevilla, 1999.

ESPÍN ALBA, CAÑIZARES LASO, DE PABLO CONTRERAS Y ORDUÑA MORENO. *Código civil comentado*, tomos I-IV, dirigido por R. Valpuesta Fernández, Madrid, 2011.

ESPÍN CÁNOVAS. *Manual de Derecho civil español*, vol. V, *Sucesiones*, Madrid 1975.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN. *Derecho Privado romano*, Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ GIMENO. “La empresa familiar y el derecho de sucesiones. Actualización del estado de la cuestión”, en *Dirección, organización del gobierno y propiedad de la empresa familiar. Un análisis comparado desde la economía y el derecho*, coordinado por C. Camisón Zornoza y J. Viciano Pastor, Valencia, 2015, págs. 227 a 250.

FERNÁNDEZ GIMENO Y REYES LÓPEZ. *La empresa familiar*, Valencia, 2000.

FERNÁNDEZ HIERRO. *La partición*, Granada, 2009.

FERNÁNDEZ-SANCHO TAHOCES. “La sucesión en la empresa familiar: el protocolo familiar y su publicidad registral”, *Revista de Derecho Patrimonial* nº 23, Madrid, 2009.

FERNÁNDEZ-TRESGUERRES. “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 marzo de sociedades de responsabilidad limitada (II). La Sociedad familiar, Diario La ley, enero 2004, Año XXV, nº 5939.

- *Transmisión mortis causa de la condición de socio. Un estudio en la sociedad limitada familiar*, Navarra, 2008.

- “Práctica notarial y Regl. (UE) nº 650/2012, sobre sucesiones internacionales”, *El notario del Siglo XXI*, mayo/junio 2015, págs. 20 a 23.

FERNÁNDEZ URZAINQUI. *Código Civil. Concordancias, notas y jurisprudencia*, Navarra, 2011.

FERRER VANRELL. “La problemática de los protocolos familiares en el ámbito sucesorio. La sucesión contractual como elemento de firmeza”, en *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, coordinado por O. Monje Balmaseda, Tomo II, Madrid, 2014, págs. 1437 a 1450.

FERRERO HORMIGO. “La explotación familiar agraria en la ley 24-XII-1981. Concepto, naturaleza jurídica y elementos”, Sevilla, 1982.

FOSAR BENLLOCH. “La explotación agrícola y el párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil”, *Anuario de Derecho civil*, abril-junio MCMLXIII, págs. 377 a 422.

- “Más sobre el artículo 1056.02 del Código Civil y la explotación agrícola. El principio general de derecho de la atribución sucesoria unitaria de la explotación familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril 1971, págs. 225 a 271.

FUENMAYOR. “Intangibilidad de la legítima”, *Anuario de Derecho Civil*, 1948, pág. 46.

FUENTES MARTÍNEZ. “La conservación y la continuidad de la empresa ante el fenómeno sucesorio (especialmente ante las situaciones de yacencia hereditaria y de pluralidad de herederos). La empresa y la responsabilidad ultra vires. Algunas propuestas de reforma”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*”, coordinado por M. Garrido Melero y J. M. Fuardo Estivill, Tomo II, Patrimonios personales, familiares, sucesorios y profesionales, Barcelona, 2005, págs. 457 a 500.

GALGANO. *Diritto Privato, quinta edizione*, Padova, 1988.

GALLEGO DOMÍNGUEZ. “La empresa familiar. Su concepto y delimitación jurídica”, Cuaderno de Reflexión, nº 14, Córdoba, 2012.

GALO SÁNCHEZ. *Curso de historia del derecho. Introducción y fuentes*, rev por J.A. Rubio, Valladolid, 1980.

GALLO. *La sucesión en la empresa familiar*, Barcelona, 1998.

GALVE GÓRRIZ y SALAS FUMÁS. *La empresa familiar en España. Fundamentos económicos y resultados*, Bilbao, 2003.

GARCÍA AMIGO. *Derecho civil de España*, Madrid, 1997.

GARCÍA-BERNARDO Y LANDETA. *La legítima en el código civil*, Oviedo, 1964.

GARCÍA GARCÍA. *La sucesión por derecho de transmisión*, Madrid, 1996.

GARCÍA GARRIDO. *Derecho privado romano. Acciones, casos, instituciones*, Madrid, 1995.

- *Derecho privado romano. Instituciones*, Madrid, 2010.

GARCÍA GOYENA. *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852.

GARCÍA VALDECASAS. "La comunidad hereditaria", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado VII*, págs 195 y ss.

- "La legítima como cuota hereditaria", *Revista de Derecho Privado*, 1963, pág. 957.

GARCÍAS DE ESPAÑA. “Pago en metálico de la legítima: Aspectos sustantivos, procesales y registrales”, en *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, coordinado por O. Monje Balmaseda, Tomo I, Madrid, 2014, págs. 837 a 860.

GARRIDO DE PALMA. *Derecho de familia*, Madrid, 1993.

-“Hacia un nuevo enfoque jurídico de la sociedad civil”, *Revista de Derecho Privado*, 1992, págs. 759 a 773.

-“La empresa familiar y el derecho de sociedades”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XLIII, 2002, págs. 101 a 131.

-“La familia empresaria. Su protocolo”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XLIV, 2003, págs. 95 a 123.

-“La familia empresaria”, *Separata Tratado de Derecho de la Familia*, vol. VIII, págs. 955 a 1048.

GETE-ALONSO Y CALERA. *Tratado de Derecho de sucesiones*, Tomo II, Pamplona, 2011.

GITRAMA GONZÁLEZ. *La administración de la herencia en el Derecho español* Madrid, 1950.

- *Comentarios al código civil XIV*, 1ª Madrid, 1989.

GIBERT. *Historia general del Derecho Español*, Granada, 1968.

GIL RODRÍGUEZ. *Comentarios al código civil I*, Madrid, 1991.

GOMÁ LANZÓN. “El protocolo familiar”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, coordinado por V. M. Garrido de Palma, Tomo IV, Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar, Barcelona, 2005, págs. 653 a 707.

GÓMEZ GALLIGO. “Intervención de los legitimarios en la partición en el Derecho civil común”, *Estudios de Derecho Privado* en homenaje a J.J. Rivas Martínez, Tomo I, 2013, págs. 679 a 690.

GÓMEZ MORÁN. “Testamento partición”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Tomo XXII , 1949, págs. 601 a 631.

GONZÁLEZ ACEBES. “Promoviendo a la mujer en la sucesión de la empresa agraria”, *Estudio de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum*, coordinado por T.F. Torres García, Madrid, 2014, págs. 549 a 569.

GONZÁLEZ ENRÍQUEZ. “Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testados por acto inter vivos”, *Revista de Derecho Privado*, Tomo XXXVIII, 1954, págs. 494 a 538.

GONZÁLEZ PALOMINO. *Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio*. págs. 503 y ss.

GUARINO. *Profilo di diritto romano privato*, Napoli, 1953.

- *Storia del diritto romano*, Milano, 1954.

GULLÓN BALLESTERO. “Commutación de la legítima de los hijos naturales reconocidos”, *Anuario de Derecho civil*, Madrid, 1966, pág. 799.

GUTIERREZ ALVIZ Y ARMARIO. *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, 1995.

HERNÁNDEZ GIL. “Sobre la ineficacia de la partición realizada por comisario”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1968.

HERREROS, CALAF y ROVIRA. “Familia y empresa”, *Manual de la Empresa Familiar*, capítulo 1, 2001, págs. 11 a 28.

-“Beneficios fiscales a la Empresa Familiar. Impuesto sobre sucesiones y donaciones”, *Manual de la Empresa Familiar*, capítulo 1, 2001, págs. 227 a 244.

HUERTA TROLEZ. “La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio”, *El cambio generacional en la empresa familiar*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, nº 27, octubre, 2003, págs. 39 a 86.

- “La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio”, *Revista Jurídica del Notariado*, abril-junio 2004, págs. 124 y ss

IGLESIAS. *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, 1958

- *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, Barcelona, 1989.

- *Derecho romano*, Barcelona, 1999.

IZURZUN GOICOA. *Rudimentos de la sucesión y tránsito sucesorio*, Madrid, 2010.

JORDANO BAREA. “Dictamen sobre el abuso de la facultad prevista en el párrafo 2º del artículo 1056”, *Anuario de Derecho Civil*, 1964, págs. 941 a 960.

- “La causa en el sistema del código civil español”, en la obra centenario del código civil, tomo I, Madrid, 1990, págs. 37 a 59.

IORS-JUNKEL. *Derecho privado romano*, Barcelona, 1965.

KASER. *Derecho romano privado*, traducido por J. Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1982.

KOSCHAKER. *Europa y el Derecho romano*, Madrid, 1951.

LACRUZ BERDEJO. *Elementos de Derecho civil V. Derecho de sucesiones*, Barcelona, 1993.

- *Elementos de Derecho civil V*, Madrid, 2004.

LALINDE ABADÍA. *Iniciación histórico al Derecho español*, Barcelona, 1983.

LASARTE ÁLVAREZ. *Principios de Derecho civil*, Tomo VII. Derecho de sucesiones, Madrid, 1998.

- *Principios de Derecho civil*, Tomo VII. Derecho de sucesiones, Madrid, 2014.

LATORRE. *En estudios de Álvarez Suárez*, 1978, pág. 251.

LEACH y BOGOD. *Claves de la empresa familiar*, Madrid, 2006.

LLAMAS POMBO. *Patrimonio de los hijos sometidos a la patria potestad*, Madrid, 1993.

- *Orientaciones sobre el concepto y método del Derecho civil, 1ª Ed*, Buenos Aires, 2001.

- *Orientaciones sobre el concepto y método del Derecho civil, 2ª Ed*, con prólogo del Profesor C.I. Jaramillo Jaramillo, Bogotá, 2009.

- *Código civil y leyes civiles generales* Madrid, 2011.

LLAMAS y MOLINA. *Comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres Leyes de Toro*, Tomo I, Madrid, 1853.

LLEDÓ YAGÜE. *Derecho de sucesiones. La comunidad hereditaria y la partición de herencia, volumen IV*, Bilbao, 1993.

LLEDÓ YAGÜE y MONJE BALMASEDA. "Reforma del sistema legitimario y el principio de libertad de testar", en *El patrimonio sucesorio. Reflexiones*

para un debate reformista, coordinado por O. Monje Balmaseda, Tomo I, Madrid, 2014, págs. 649 a 718.

LLOPIS GINER. “La libertad del testador, su facultad de partir, comentario al artículo 1056.2 del código civil en la empresa familiar. Encrucijada de intereses personales y empresariales”, monografía asociada a la *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*.

LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA. *La conmutación de la legítima*, Madrid, 1989.

LÓPEZ JACOISTE. *El beneficio de separación de patrimonios en nuestro derecho sucesorio*, Madrid, 1958.

LORA-TAMAYO. “La partición practicada por el testador y la adjudicación de la herencia existiendo legitimarios. Comentarios a la reciente doctrina de la DGRN”, *El notario del Siglo XXI*, julio/agosto 2015, págs. 150 a 160.

MANRESA y NAVARRO. *Comentarios al Código Civil español*, Tomo V, Madrid, 1972.

-*Comentarios al Código Civil español*, Tomo VII, Madrid, 1987.

MARÍN LÁZARO. “La partición hecha por el testador”, En revista general de legislación y jurisprudencia, 1944.

MARTÍN FERNÁNDEZ, BERDUD SEOANE, GARCÍA CARRETERO y MOYANO DE LA TORRE. *El Impuesto sobre sucesiones y donaciones (aspectos civiles y tributarios)*, Valencia, 2015.

MARTÍN PÉREZ. “La transmisión mortis causa de la explotación agraria y el mantenimiento de la integridad de la explotación”, *Estudio de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum*, coordinado por T.F. Torres García, Madrid, 2014, págs. 831 a 851.

MARTÍNEZ ESPÍN. “Comentario al artículo 1056 del Código Civil”, *Comentarios al código civil*, coordinado por R. Bercovitz Rodriguez-Cano, Madrid, 2001, págs. 1219 a 1221.

MÁXIMO JUÁREZ. “Tribunal Constitucional y el principio del fin de la discriminación de los no residentes internos en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones”, *El notario del Siglo XXI*, mayo/junio 2015, págs. 28 a 32.

MENÉNDEZ VALDÉS. “Variaciones sobre las legítimas”, *Revista de Derecho Notarial*, 1969, pag. 165.

MESA MARRERO. “Pactos con trascendencia sucesoria en la sociedad civil”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVII, 2014, pags. 895 a 929.

MILLÁN SALAS. *Instituciones sucesorias en el Código civil que conservan íntegra una explotación agrícola*, Madrid, 1999.

MIQUEL GONZÁLEZ. *Derecho privado romano*, Madrid, 1995.

MORENO GIL. *Código civil y jurisprudencia concordada*, Madrid, 2006.

MOROTE. “Problemas interterritoriales del Impuesto sobre sucesiones”, *El notario del Siglo XXI*, mayo/junio 2015, págs. 24 a 27.

MÚGICA ALCORTA. “El impuesto sobre sucesiones”, en *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, coordinado por O. Monje Balmaseda, Tomo II, Madrid, 2014, págs. 1599 a 1646.

NAVARRO EGEA. *Incentivos fiscales a la pequeña y mediana empresa*, Madrid, 1999.

NAVARRO FERNÁNDEZ. “La explotación agrícola de tipo familiar: ¿problemas de conservación o de supervivencia?”, capítulo 7 de libro *Protección del patrimonio familiar*, coordinado por J. Sánchez Calero y R. García Pérez, Valencia, 2006, págs. 261 a 307.

NAVAS NAVARRO. “Libertad de testar versus libertad de celebrar pactos sucesorios y costes de transacción”, *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXIV, 2011, págs. 41 a 74.

NEBRED A VILLASANTE. “La fiscalidad de la empresa familiar y el protocolo familiar”, *La empresa familiar*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, nº 12, mayo 1999, págs. 149 a 165.

NGO BA THÁNH. *La sociedad anónima familiar*, Barcelona, 1951.

O´CALLGHAN MUÑOZ. *Compendio de Derecho civil*, Tomo V, Madrid, 1987.

- *Comentario del código civil tomo 4*, coordinado por Sierra Gil de la Cuesta, Barcelona, 2000.

- *La Partición de la Herencia*, Madrid, 2006.

- *Código Civil comentado y jurisprudencia*, Madrid, 2012.

ORDUÑA MORO. “La excepción de la responsabilidad por evicción en la partición realizada por el testador: artículo 1056 y 1070 nº 1 del Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1989, pág 469.

OSSORIO MORALES. *Manual de sucesión testada*, Madrid, 1957.

PALAZÓN GARRIDO. *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, Valencia, 2003.

- “La conservación de la empresa familiar a través de la facultad contemplada por el nuevo artículo 1056, párrafo segundo del Código Civil”, capítulo 8 del libro *Protección del patrimonio familiar*, coordinado por J. Sánchez Calero y R. García Pérez, Valencia, 2006, págs. 309 a 345.

PASCUAL LIAÑO. *Jurisprudencia Civil comentada. Código Civil*, Granada, 2009.

PEINADO RUANO. “La transmisión mortis causa de la empresa mercantil”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XLIII, 2003, págs. 405 a 430.

PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS. *El anteproyecto de Código Civil español (1882-1888)*, Madrid, 1965.

- “La naturaleza de la legítima”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1985, pág 849.

- *El anteproyecto de Código Civil español (1882-1888). Con un estudio preliminar, notas y concordancias*, 2ª Edición, Madrid, 2006.

- *Derecho civil: estudios, comentarios y notas*, Tomo IV, Madrid, 2009.

PÉREZ MOLINA y GISBERT SOLER. “La continuidad en la empresa familiar. Análisis de casos”, *Revista de investigación*, 2012, págs. 1 a 17.

PÉREZ- FADÓN MARTÍNEZ. *La empresa familiar. Fiscalidad organización y protocolo familiar*, Valencia, 2005.

PLANIOL. *Tratado elemental de Derecho civil*, Tomo I, París, 1950.

PLANIOL Y RIPERT. *Derecho Civil*, Mexico, 1996.

PLANITZ. *Principios de Derecho privado germánico*, traducido por C. Melón Infante, Barcelona, 1957.

PORCELLA. *La tutela del legitimari*, Milán, 1969.

PORPETA. “Naturaleza jurídica de la legítima, estudios de Derecho sucesorio”, Barcelona, 1946.

PRADA ÁLVAREZ-BUILLA. “El artículo 1056 párrafo 2º del Código Civil y las menciones legitimarias”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, julio-agosto, 1970, págs. 907 a 942.

PUIG BRUTAU. “El testamento del empresario (consideraciones de algunos problemas de enlace entre el derecho de herencias y el de sociedades), *Revista de Derecho Privado*, Tomo XLIV, enero-diciembre, 1960, págs. 54 a 858.

-*Fundamentos de Derecho civil*, Tomo I, vol. I, Barcelona, 1979.

-*Fundamentos de Derecho civil*, Tomo V, vol. III, Barcelona, 1983.

-*Compendio de Derecho civil. Derecho de familia y sucesiones*, vol. IV, Barcelona, 1991.

PUIG FERRIOL. “Cómputo de la legítima”, *Revista Jurídica Civil*, 1971, pág. 475.

PUIG PEÑA. *Tratado del derecho Civil español tomo IV*, vol. 2º, Barcelona, 1947.

RECARTE GARCÍA-ANDRADE. “El protocolo familiar como instrumento para gestionar el cambio generacional”, *Revista Jurídica Civil*, 2003, págs. 9 y ss.

REYES LÓPEZ. “La empresa familiar: Encrucijada de intereses personales y empresariales”, Monografía asociada a la *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial* nº 11, Navarra, 2004.

-“El patrimonio del empresario familiar individual”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, coordinado por V. M. Garrido de Palma, Tomo IV, Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar, Barcelona, 2005, págs. 95 a 154.

REVERTE NAVARRO. “Reflexiones sobre la legítima en el código *civil*”, Libro homenaje al profesor M. Albaladejo, Murcia, 2004.

REY PORTOLÉS. “Comentarios a los artículos del Derecho sucesorio reformados por la ley de 13 de mayo de 1981”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1982. Pags. 289 y 569.

RIVAS MARTÍNEZ. *Derecho de sucesiones común y foral*, Madrid, 2009.

ROBLES LATORRE. “Comentario al artículo 1056 del Código Civil”, en *La jurisprudencia civil comentada*

ROCA DE LAQUE. “Extinción de la legítima”, R.J.C, 1972, pág 679.

ROCA JUNYENT. “La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, coordinado por V. M. Garrido de Palma, Tomo IV, Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar, Barcelona, 2005, págs. 23 a 61.

ROCA LÓPEZ. *Principales beneficios fiscales para la empresa familiar. Fiscalidad para el empresario familiar*, Valencia, 2000.

ROCA SASTRE. “Naturaleza jurídica de la legítima”, revista derecho privado, Madrid, 1944, pág 187.

- *Estudio sobre sucesiones*, Tomo II, Madrid, 1981.

- *Derecho de sucesiones*, Tomo I, Barcelona, 1989.

- *Derecho de sucesiones*, Tomo II, Barcelona, 1991.

- “Casuística legitimaria en el régimen del Código civil”, en homenaje a J. Vallet de Goytisolo, vol. I, Madrid 1988, pág. 583.

ROCA SASTRE Y PUIG BRUTAU. *Estudios de Derecho privado*, Navarra, 2009.

RODRÍGUEZ ADRADOS. “La partición hecha por el propio testador”, revista del derecho notarial, 1970, pág. 209.

- “El testamento y la ley como normas de la partición”, *Revista de Derecho Notarial*, 1970, pág. 191.

RODRÍGUEZ ARTIGAS. “La empresa familiar y las reformas de la ley de sociedades limitadas”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, coordinado por V. M. Garrido de Palma, Tomo IV, Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar, Barcelona, 2005, págs. 383 a 431.

ROMÁN GARCÍA. *El precontrato. Estudio dogmático y jurisprudencial*, Madrid, 1983.

- *El derecho de reversión legal*, Madrid, 1984.

- *Las obligaciones testamentarias*, Madrid, 1995.

- *Instituciones de Derecho civil español VII, Derecho de sucesiones*, Madrid, 1999.

- *Fundamentos históricos y metodológicos del Derecho civil español*, Cáceres, 2006.

- Actualización y notas al tomo VI-II de la obra de J. Castán *Derecho Común y foral: sucesión legítima, intestada, contractual y excepcional*, Madrid, 2015.

- *Derecho de Sucesiones*, con colaboración de M. Peralta Carrasco e I. Casanueva Sánchez, Madrid, 2016.

ROYO MARTÍNEZ. *Derecho sucesorio mortis causa*, Sevilla, 1951.

RUEDA ESTEBAN. "La reforma del párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XLIV, 2003, págs. 56 a 94.

-"La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil", en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*,

coordinado por V. M. Garrido de Palma, Tomo IV, Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar, Barcelona, 2005, págs. 205 a 237.

- *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil. Auténtica fiducia sucesoria en Derecho civil común*, Madrid, 2014.

RUS RUFINO. “Consideraciones sobre la sucesión en la empresa familiar”, *El cambio generacional en la empresa familiar*, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, nº 27, octubre, 2003, págs. 15 a 37.

RUÍZ ARTACHO. “Partición de herencia por comisario”, *RCDI*, 1952, pág. 241.

SABORIDO SÁNCHEZ. “El pago en metálico de la legítima por orden del testador y garantías para su cumplimiento”, *Estudio de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum*, coordinado por T.F. Torres García, Madrid, 2014, págs. 1301 a 1317.

SÁENZ DE SANTAMARÍA. “Notas sobre los albaceas y contadores-partidores”, *Anuario Derecho Civil*, Madrid, 1953, pág. 385.

SALAS CARCELLER. *Código Civil. Comentarios y jurisprudencia II*, Madrid, 2009.

SALCEDO IZU. *Sistema de fuentes histórico jurídicas españolas. 8ª edición*, Pamplona, 1990.

SALVADOR CODERCH. “La sucesión legítima y el sistema de las parentelas desde la perspectiva de la reforma del Derecho sucesorio”, en VV.AA, *Estudios jurídicos en honor del profesor O. PÉREZ VITORIA*, Barcelona, 1983, págs. 147 a 175.

SÁNCHEZ ARISTI. *Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos post-mortem*, Granada, 2003.

- “Propuesta para una reforma del Código Civil en materia de pactos sucesorios”, *Derecho de sucesiones. Presente y futuro, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Murcia, 2006, págs. 477 a 541.

SÁNCHEZ CALERO. *Curso de Derecho Civil IV. Derechos de Familia y sucesiones*, Valencia, 2005.

SÁNCHEZ-CRESPO CASANOVA Y CALERO ARTERO. *La empresa familiar: Guía práctica de organización y funcionamiento*, Granada, 2000.

- “El protocolo familiar como instrumento para gestionar el cambio generacional” *Revista Jurídica Civil*, ICAM, Madrid, 2003, págs. 132 y ss.

- “Organización del grupo familiar de empresa”, *Boletín ICAM*, nº 12, Madrid.

SÁNCHEZ ROMÁN. *Estudios de Derecho Civil*, Tomo I, Madrid, 1899.

- *Estudios de Derecho Civil. Derecho de Sucesiones*. Madrid, 1910.

SANTOS BRIZ, SIERRA GIL DE LA CUESTA, GONZÁLEZ POVEDA, MARTÍNEZ PEREDA Y PAZ RUBIO. *Tratado de Derecho Civil. Teoría y Práctica*, Barcelona, 2006.

SCHULZ. *Derecho romano clásico*, Barcelona, 1960.

- *Principios del Derecho romano*, Madrid, 2000.

SEOANE SPIEGELBER. *Derecho de sucesiones*, Madrid, 1995.

SERRANO ALONSO. *Manual del derecho de sucesiones*, Madrid, 1997.

SERRANO CHAMORRO. “Problemas sucesorios de transmisión de la empresa familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 747, págs. 122 y ss.

SERRANO GÓMEZ. “Los protocolos familiares”, *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, coordinado por J. Rams Albesa, 2009, págs. 331 a 416.

SIMÓ SANTONJA. *La planificación sucesoria, un medio para evitar conflictos empresariales*, Valencia, 2002.

TORRES GARCÍA. . “La explotación agrícola familiar: su conservación en la sucesión mortis causa del titular. Artículo 35 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario”, *Anuario de Derecho civil*, 1980, págs. 335 a 388.

- “Legítima, legitimarios y libertad de testar (síntesis de un sistema)”, *Derecho de sucesiones. Presente y futuro, XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Murcia, 2006, págs. 173 a 227.

- “Disposiciones testamentarias y vicisitudes del matrimonio”, *Estudios de Derecho Civil en homenaje a F.J. Serrano García*, Valladolid, 2004, págs. 9 a 34.

- *Tratado de legítimas*, Barcelona, 2012.

TORRES GARCÍA Y DOMÍNGUEZ LUELMO. “El patrimonio agrario: constitución, titularidad y transmisión unitaria”, en *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*”, coordinado por M. Garrido Melero y J. M. Fujardo Estivill, Tomo II, Patrimonios personales, familiares, sucesorios y profesionales, Barcelona, 2005, págs. 767 a 833.

TORRES LANA. *La partición por comisario*, Palma de Mallorca, 1983.

TRIGO Y AMAT. *Problemática de la empresa familiar y la globalización*, Madrid, 2001.

VALLET DE GOYTISOLO. “Notas para la interpretación del párrafo segundo del artículo 1056 y del artículo 863 del Código Civil”, *Revista General de Derecho* Tomo II, Valencia, 1946.

- *Apuntes de Derecho Sucesorio*, Madrid, 1955.

- “Comentario al artículo 1056 del Código Civil” en la obra *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XIV, vol. 2º, Madrid, 1978 págs. 123 a 170.

- “Comentario al artículo 1056 del Código Civil” en la obra *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, Tomo XIV, vol. 2º, Madrid, 1978 págs. 123 a 170.

- *Estudios de Derecho sucesorio*, vol. IV, Madrid, 1982.
- “Observaciones a la naturaleza de la legítima”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1986, pág. 3.
- “Aclaraciones acerca de la naturaleza de la legítima”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1986, pág. 833.

VALPUESTA FERNÁNDEZ Y OTROS. *Derecho de sucesiones*, Valencia, 1992.

VALVERDE Y VALVERDE. *Tratado de Derecho civil V, Derecho de sucesiones*, Valladolid, 1989.

VATTIER FUENZALIDA. *Concepto y tipos de empresa agraria en el Derecho español*, León, 1978.

- “El pago en metálico de la legítima de los descendientes. Estudio de los arts. 841 y 844 del Código Civil”, en el libro homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño, Salamanca, 1984, págs. 737 y ss.
- *El derecho de representación en la sucesión mortis causa*, Madrid, 1986.
- “El pago en metálico de la legítima de los descendientes. La intangibilidad de la legítima”, *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 2012, pág. 833.

VELAYOS LLUIS. *Los órganos de gobierno de la sociedad familiar*, Navarra, 2012.

VERSIGLIONI. “Aspetti fiscali del trasferimento dell’azienda gestita da impresa familiare”, *Revista di Diritto Tributario*, 1991.

VIDAL MARTÍNEZ. “Algunos aspectos de la regulación de la sucesión mortis causa en el Código civil español que favorecen la creación y mantenimiento de las unidades agrarias”, *Revista de Derecho Privado*, Junio, 1979, págs. 546 a 558.

ADDENDA

**SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO EN
RELACIÓN CON EL CONTENIDO DEL ARTÍCULO
1056 DEL CÓDIGO CIVIL**

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 6 marzo 1945.

Jurisdicción: Civil

Resumen: PARTICION HEREDITARIA: hecha por el testador: su forma y eficacia: posibilidad de impugnación.

CONSIDERANDO.- Que son hechos y antecedentes fundamentales, de los que hay que partir para el examen y resolución del presente recurso, los que siguen: Primero: Que el causante don José T. V., con conocimiento, acuerdo y aquiescencia de sus cuatro hijos y herederos suscribió, en 27 de julio de 1931, un documento privado, firmado por él, por sus hijos Cristóbal, Teresa y Adelaida y por el marido de la otra hija Genoveva, en el que, con intención de distribuir su patrimonio, señaló las fincas y compensaciones en dinero con las que habían de ser formados los respectivos lotes. Segundo: Que dicho causante murió bajo testamento abierto otorgado el 8 de febrero de 1939, en cuya cláusula tercera instituye «herederos de todos sus bienes, derechos y acciones, a sus cuatro hijos Cristóbal, Teresa, Adelaida y Genoveva T. N., por partes iguales, pero en la forma acordada entre padres e hijos en convenio que todos suscribieron con fecha 27 de julio de 1931». Tercero: Que los albaceas partidores nombrados en el propio testamento formalizaron las operaciones particionales, basándolas en la referida cláusula tercera del testamento y en el convenio, también referido, de 27 de julio de 1931. Cuarto: Que don Cristóbal T., en la demanda inicial de los autos que han dado origen al presente recurso, dirigida contra sus hermanas como herederas de don José T. y contra los albaceas, solicitó fundamentalmente se declarase: a) la nulidad del documento privado, pacto sucesorio o convenio particional concertado en 27 de julio de 1931; b) en consecuencia de dicha nulidad, la del testamento

otorgado por el causante en 8 de febrero de 1939, por ser ineficaz en todas sus cláusulas fundamentales; y c) la nulidad igualmente de las operaciones particionales que, con tales documentos como base, y con viciada, inexacta y antilegal confección, llevaron a cabo los albaceas contadores partidores nombrados por el causante. Quinto: Que la Sala sentenciadora estima improcedentes esas acciones de nulidad promovidas en la demanda, estableciendo como premisa de su fallo que el documento de 27 de julio de 1931 -sobre cuya pretendida nulidad había de apoyarse la del testamento y la de las operaciones particionales- es la expresión lícita de la voluntad del causante en cuanto a la distribución de su patrimonio, que no envuelve ningún pacto sucesorio prohibido ni vinculación jurídica de clase alguna para los hijos que en él intervinieron, y no atenta en lo más mínimo al derecho legítimo de éstos.

CONSIDERANDO.- 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 dificultades 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 1º 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 («divisio 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 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 venciessen alguno dellos en juyzio, alguna de sus cosas que le vinieron en su parte, estonce los otros herederos non serían tenudos de fazerle 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 («démision 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 «démision» del Derecho consuetudinario, aunque teniendo caracteres 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, habían 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 aquélla, 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 sólo en la composición cualitativa de los lotes, permitida por el artículo 1056 apartado 2º, 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 éste, 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 siguiendo 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).

CONSIDERANDO.- Que el motivo primero del recurso denuncia, en su primer extremo numerado, la infracción de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil por suponer la Sala que el documento suscrito en 27 de julio de 1931 no envuelve ningún pacto sucesorio de los prohibidos por nuestra legislación ni tampoco donación de clase alguna y sí sólo un acto de partición anticipada de los bienes del padre en que la concurrencia de los hijos no tiene más trascendencia que la de prestar al mismo su asentimiento moral; pero es lo cierto que, lejos de aparecer demostrado el error que al Tribunal sentenciador se atribuye, **resulta manifiesto que éste ha interpretado con acierto el sentido y alcance jurídico del documento de referencia, toda vez que, en realidad, de su letra misma y de su espíritu se infiere claramente que el objeto de él era hacer don José T., por su libre y exclusiva voluntad, la partición hereditaria de sus bienes, sin que de sus cláusulas resulte que pretendiera dar a la misma carácter irrevocable ni contenido contractual**, ya que no cabe inferir semejante matiz de la obligación que se imponía a los hijos herederos de abonarse, en su día, determinadas cantidades al objeto de lograr la equivalencia de los lotes, lo cual es una mera y

normal consecuencia de la partición, ni tampoco de la reserva que a su favor hacía el otorgante, del disfrute de sus bienes durante su vida, la cual, sobre ser innecesaria, era también secuela del carácter fundamentalmente «mortis causa» de la partición, ni tampoco, por último, de la obligación que según el documento, contraía aquél de respetar durante su vida los arrendamientos que de sus fincas hubiera concedido a sus hijos, compromiso este que respondía al mismo designio de no atribuir efectos a la partición en vida del causante, y que aunque se le considere extraño al acto particional, no lo desnaturaliza ni puede convertirlo - siendo como es completamente ajeno a la sucesión- en un pacto sucesorio.

CONSIDERANDO.- Que en el punto segundo del propio motivo primero se adentra el recurso en el problema fundamental de la validez del documento de 27 de julio de 1931, denunciando la infracción cometida por la Sala del artículo 1056 del Código Civil, al no haber reconocido la ineficacia de dicho pacto, por no ser verdadera y completa partición y carecer de los requisitos propios de ella, principalmente los de orden formal, cuya esencialidad trata el recurrente de demostrar, infiriéndola de los antecedentes históricos; pero tiene esta tesis su sustentáculo en apreciaciones de hecho que se traen a casación por un cauce procesal inadecuado, y en frágiles argumentaciones de derecho que no logran demostrar el pretendido error que se atribuye a la Sala en la interpretación de la norma legal, pues **lo cierto es, de un lado, que ni el precepto de referencia ni la doctrina científica que lo desenvuelve y explica, imponen que se haya de reputar nula la partición hecha por el testador por la sola razón de que no hayan sido incluidos en ella todos los bienes, siendo así que la omisión de objetos o valores ni siquiera es, normalmente, según el artículo 1079, causa de rescisión de las particiones, y, de otro lado, que la forma solemne que el recurrente cree indispensable en la partición por acto «inter vivos» ni aparece reconocida por la tradición del derecho romano y del derecho patrio -según se vio anteriormente- ni es, dentro del Código Civil, una exigencia**

impuesta por los criterios de interpretación lógica y sistemática, ya que la ausencia en dicho Cuerpo Legal de formas específicas para la partición por acto entre vivos es perfectamente explicable por cuanto, si la partición «inter vivos» es una propia partición regida por el artículo 1056, había de tener su apoyo, según prescribe la jurisprudencia de esta Sala antes aludida, en un testamento del que sea complemento, de tal modo que habrá de entenderse que **el acto de distribución no solemne (partición) recibe su fuerza y convalidación formal del acto de disposición solemne (testamento)** y si, por el contrario, no se trata de una genuina partición como acto independiente, sino de la distribución y adjudicación de bienes que, por vía indirecta, vaya envuelta o embebida en actos «inter vivos» de esencia dispositiva y régimen jurídico propio y especial (donaciones, dotes, mejoras, etc.), la exigencia de forma será consecuencia obligada de la aplicación de las normas por las que hayan de regirse las respectivas liberalidades.

CONSIDERANDO.- Que, por lo expuesto cae también por su base la pretendida infracción que de los artículos 737, 1271, 629, 630 y 633 del Código Civil se señala en los puntos tercero, cuarto y quinto del propio motivo primero de este recurso, fundada en supuestos de hecho contrarios a los que la Sala sentenciadora admite y declara probados, toda vez que **ni se da en el presente caso un pacto sucesorio de los que el Código Civil prohíbe, ni una donación «inter vivos», ni media tampoco el hecho, que el recurrente supone de haber sido revocada por el causante la partición realizada en el documento de 1931**, ya que, muy por el contrario, dicha partición fue ratificada por aquél en el testamento bajo el cual murió; e igualmente ha de ser desestimada la infracción que del artículo 1259 en relación con el 1383 del repetido Código Civil se aduce en el punto sexto de este mismo motivo, pretendiendo fundarla en no haber intervenido en el acuerdo de 1931 doña Genoveva y sí sólo su marido, sin tener en cuenta, de una parte, que los hijos no concurrían el acto particional con el carácter de partes contratantes, que precisasen capacidad para obligarse, y de otro, que aun

cuando fuera la expresión de la voluntad del padre la única que jugaba papel decisivo y generaba materia jurídica de obligada observancia, resulta palmario -y está reconocido por el Tribunal sentenciador- que el acto particional se hizo con conocimiento y aquiescencia de todos los hijos presuntos herederos.

CONSIDERANDO.- Que el segundo de los motivos del recurso denuncia, en sus cuatro puntos o párrafos numerados, la infracción de los artículos 687, 694, 695, 699, 672, 1311, 675 y 1253 del Código Civil, fundada en que la cláusula tercera del testamento de 8 de febrero de 1939, en la que el testador se remite al documento de 27 de julio de 1931, es nula por no acomodarse al carácter solemne testamentario y tener el significado de una remisión a cédulas o papeles privados, sin que haya podido, por la misma razón, convalidar el referido pacto de 1931, tanto más cuanto que las reglas del criterio humano llevan a juicio del recurrente, a la presunción de que el testador no se propuso subsanar los vicios que pudiera tener el repetido pacto; mas tampoco este motivo puede prosperar, pues, aparte que de todo lo anteriormente expuesto resulta que el acto particional de 1931 no adolece de vicios que afectasen a su validez y necesitasen de subsanación, es obvio de todos modos: a) que el testamento bajo el cual murió don José T. ha dado al negocio particional -cual reconoce el propio recurso- su pleno significado jurídico, como una condición de eficacia («conditio iuris»); y b) que, al tratarse de una partición a la cual un testamento solemne ha comunicado fuerza y valor de última voluntad, no cabe argumentar, cual el recurrente lo hace, a base de la disociación de los dos elementos, el documento privado particional y la cláusula testamentaria, para intentar llegar a la conclusión de que el primero es nulo, por no tener carácter testamentario, y la segunda nula también, por remitirse a un documento «extra tabulas» comprendido en la prohibición del artículo 672 del Código Civil, pues la verdad es que **si la eficacia de la partición está amparada por el artículo 1056 no podrá afectarle la prohibición que el artículo 672**

dicta, no precisamente con referencia a las propias particiones sino con respecto a las disposiciones sobre institución de heredero, mandas o legados.

CONSIDERANDO.- Que la facultad que, en casos determinados, tienen los interesados en la partición para impugnarla y pedir su modificación, su nulidad o su rescisión, tiene que ajustarse, como norma procesal, a la de la necesidad de determinar en la demanda la clase de acción que se ejercite, no con fórmulas literales o nominalistas, pero sí con la claridad suficiente para que se la pueda identificar, ya que, según ha tenido ocasión de precisar la jurisprudencia de esta Sala (de modo muy especial, con relación a las acciones de nulidad y de rescisión de las operaciones particionales, en Sentencia de 17 de abril de 1943) cada una de aquéllas tiene distinto objeto y diferente título o causa, y **como norma sustantiva ha de acomodarse a la necesidad de respetar el criterio que preside la ordenación de esta materia en nuestro Código Civil, muy restrictiva en cuanto a la admisión de las pretensiones de invalidación de las particiones y favorable a la subsistencia de éstas en cuanto sea posible**, como lo demuestran no sólo los artículos 1079 y 1080, aplicables a las particiones en general, sino de un modo especial, para la partición hecha por el propio testador, los artículos 1056 y 1075, al prescribir este último que «la partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique la legítima de los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador»; y como la Sala sentenciadora, en el caso presente, se ha acomodado a estos principios directivos, no puede prosperar el motivo tercero y último del recurso que, al amparo de los números 1º, 2º y 3º del artículo 1692 de la Ley Procesal, señala las infracciones del artículo 359 de la propia Ley y de los artículos 1073, 1074 y 1079 del Código Civil, por no haber hecho la sentencia declaración positiva sobre una de las cuestiones planteadas en la litis, cual es la de carácter lesivo de la partición y consiguiente procedencia del remedio rescisorio, olvidando el recurrente, al razonar en este sentido: a) que si esa

rescisión pretende ser orientada, cual parece hacerlo el recurso, principalmente en el segundo de los tres puntos o apartados numerados en que este motivo está dividido, hacia la lesión anormal o en más de la cuarta parte, al amparo de los artículos 1073 y 1074 del Código, chocará irremisiblemente, no sólo con las limitadas peticiones de la demanda, ya aludidas, sino, sobre todo, con el obstáculo insuperable que el artículo 1075, como «lex specialis», opone a la aplicación de esos otros invocados artículos 1073 y 1074; y b) que si el problema de la rescisión se enfoca hacia la lesión de las legítimas, no cabe motejar de incongruente la sentencia de instancia, aunque se estime planteada en la demanda dicha cuestión, ya que la Sala la deja implícitamente resuelta al proclamar, como una de las premisas fundamentales de su fallo absolutorio, que el causante, en la distribución que hizo de su patrimonio, no atentó en lo más mínimo al derecho legitimario de sus hijos, afirmación de hecho que el recurso no se cuida de impugnar por la vía adecuada, que sería la del número séptimo del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 9 marzo 1961.

Jurisdicción: Civil

Resumen: PARTICION DE HERENCIA: partición efectuada por los herederos: no cabe efectuar una nueva división de la herencia.

Ponente: Sr. D. Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu

CONSIDERANDO.- Que el primer motivo del recurso, amparado en el número 1º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción por no aplicación del párrafo primero del artículo 1056 del Código Civil por entender el recurrente que la testadora hizo en su testamento una partición parcial de sus bienes adjudicando determinados de ellos a cada uno de sus dos hijos y herederos y como tal partición, no ha sido respetada, ni cumplida en la división y adjudicación de la herencia, ésta no puede reputarse como tal y no tienen más alcance que una relación de bienes a efectos del pago del Impuesto de Derechos Reales; y como quisiera que del estudio del testamento de la causante doña María C. B., otorgado en 24 de noviembre de 1930 y muy especialmente de su cláusula 7ª se desprende que la testadora adscribe determinados bienes de la herencia a cada uno de sus dos herederos, individualizando algunos de ellos, pero sin llegar a dividir y adjudicar todos los que integran en patrimonio y mucho menos a practicar una verdadera liquidación, división y adjudicación de la totalidad de los bienes; es evidente que, sin perjuicio de respetar la voluntad de la testadora en cuanto a la adscripción de los bienes que reparte, no puede estimarse realizada la partición de la herencia por la causante y no cabe aplicar el precepto que se denuncia como infringido, por lo que no puede prosperar el motivo estudiado.

CONSIDERANDO.- Que en el segundo motivo del recurso, por el mismo cauce procesal que el anterior, se alega la aplicación indebida en la Sentencia recurrida del artículo 1058 de citada Ley Sustantiva, porque a juicio del recurrente los herederos sólo hicieron una relación de los bienes relictos a los solos efectos de la liquidación del Impuesto de Derechos Reales, sin llegar a practicar una verdadera partición de la herencia por faltar los requisitos legales de inventario, avalúo, liquidación y adjudicación, sin que tampoco se rebajen las mandas, ni cargas; **y habida cuenta que del estudio de lo actuado se desprende que se hizo un inventario evaluado de los bienes y se presentó la hijuela correspondiente a los bienes adjudicados al heredero don Juan, afirmando los testigos que también se hizo y se entregó al otro heredero don Eloy la suya, como también a los legatarios, por todo lo que la Sentencia recurrida da como probado que se verificó por los herederos con toda la libertad que para ello les concede dicho artículo 1058, el inventario y la partición y adjudicación de los bienes de la herencia con fecha 7 de mayo de 1945; es evidente que, al no haberse impugnado en forma, o sea, por la vía del número 7º del artículo 1692 citando dicha declaración, se ha aplicado rectamente el 1058 y decae este segundo motivo del recurso.**

CONSIDERANDO.- Que sentados los anteriores razonamientos resulta también carente de viabilidad el tercero y último motivo del recurso articulado, con idéntico apoyo procesal, y sustentado en la supuesta interpretación errónea del artículo 1079 y la falta de aplicación del 1059, ambos del Código Civil; **ya que acreditado que hubo acuerdo entre los herederos y se practicó la partición y adjudicación de los bienes relictos no cabe hacer una nueva división de la herencia, ni particular, ni judicialmente por el juicio de testamentaría; sin perjuicio, claro está, de que si aparecieran bienes no inventariados se verifique una partición suplementaria sobre ellos pero sin rescindir la primitiva,** como ordena el 1079 citado y quedando siempre a salvo los derechos

que a los interesados puedan asistir sobre inclusión o exclusión de bienes o para impugnar las operaciones practicadas y que podrán ejercitar en el juicio declarativo que corresponda, como reserva la Sentencia recurrida.

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 14 junio 1963.

Jurisdicción: Civil

Resumen: TESTAMENTO: impugnación por quienes aceptaron la herencia:, «actos propios»; partición realizada por el testador. Imprecisión. Error de hecho.

Ponente: Sr. D. Antonio de Vicente Tutor y Guelbenzu

CONSIDERANDO.- Que el primer motivo del recurso, amparado en el núm. 1º del art. 1692 de la LECiv, denuncia la aplicación indebida por la sentencia recurrida de la doctrina contenida en el principio jurídico según el cual nadie puede ir válidamente contra sus propios actos, sancionada entre otras, por las Sentencias de esta Sala de 20 febrero 1943 (RJ 1943\298) y 30 junio 1947 (RJ 1947\925), basándose para ello en que el fallo impugnado se sustenta en tal principio por la existencia del acto de los recurrentes al aceptar la herencia a beneficio de inventario con conocimiento del testamento que ahora estiman nulo, siendo así que tuvieron noticias de las causas de nulidad después de la aceptación y prestaron con error su consentimiento a ella; **y teniendo en cuenta las causas de nulidad del testamento que afectan a la capacidad de la testadora y a la captación de su voluntad por los herederos demandados, causas que no podían, caso de existir, ser desconocidas por los recurrentes en cuya casa habitaba la testadora; no puede ofrecer la menor duda que al no haber probado nada en contrario, subsiste la presunción lógica de que al momento de aceptar la herencia con expresa declaración de que conocían el testamento, ni existió error en sus manifestaciones, ni podían desconocer las causas de impugnación que ahora alegan y al aceptar por acto propio y solemne la herencia, aceptaron también el testamento,** y la sentencia se ha

aplicado rectamente el principio invocado y decae el motivo; máxime si se tiene en cuenta que al solicitar la nulidad del testamento debieron instar también la de la aceptación por el error en el consentimiento, que alegan o por la nulidad radical de la institución, pues de lo contrario y al subsistir la aceptación, **queda vigente su acto propio que les veda impugnar el testamento.**

CONSIDERANDO.- Que por las propias razones sentadas en el razonamiento precedente parece el segundo motivo del recurso, por el mismo cauce procesal que el anterior, y que se basa en la inaplicación en la sentencia impugnada de la doctrina «debe rechazarse toda interpretación que no sea la racional y que conduzca al absurdo» sancionada por las Sentencias de esta Sala de 28 enero 1891 y 5 julio 1945, que el recurrente hace derivar del contenido del art. 997 del Código Civil que determina la irrevocabilidad de la aceptación; ya que si lo que se pretende deducir es que si el testamento es nulo radicalmente no cabe revocar la aceptación, no es cierto en cuanto tal nulidad acarrea la de todas sus consecuencias, incluso su aceptación y si es anulable, debió pedirse la nulidad de esa misma aceptación por error en el consentimiento y después o simultáneamente la del testamento mismo; sobre todo habida cuenta de la diferencia entre nulidad y revocabilidad, que presupone su eficacia.

CONSIDERANDO.- Que el carácter eminentemente formal del recurso obliga a desestimar los motivos tercero, cuarto y sexto del recurso, todos por el número 1º del 1692 de la Ley Procesal; ya que el tercero se basa en error de derecho en la apreciación de las pruebas, que sólo cabe admitir el número 7º de dicho artículo y porque en el mismo no se acusa la infracción de ningún precepto de valoración de prueba; el cuarto por acumular los conceptos de inaplicación y de interpretación errónea de los arts. 675 y 1075 del Código Civil, que son conceptos antagónicos; y el sexto, por la acumulación de violación y de falta de aplicación del art. 510 del mismo Cuerpo Legal; todo ello de conformidad a lo previsto en los arts. 1720 y

1729 de la Ley de ritos que constituyen causas de inadmisión y que en el estado actual del procedimiento se convierten en causa de desestimación, conforme a la reiterada doctrina de esta Sala.

CONSIDERANDO.- Que asimismo debe ser rechazado el quinto motivo, basado en la interpretación errónea del art. 1056 de tan citada Ley sustantiva; **con sólo tener en cuenta que la testadora en el propio testamento hizo la partición de sus bienes entre los herederos, y el precepto aducido obliga a pasar por ella en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos, entre los que no figuran los recurrentes, que están obligados a acatar y respetar la partición hecha por la testadora.**

CONSIDERANDO.- Que por todo lo expuesto, procede desestimar el recurso en su totalidad, con los pronunciamientos legales subsiguientes; máxime si se tiene en cuenta que aunque hubiera prosperado, el fallo a dictar sería el mismo impugnado por los acertados fundamentos que consigna el Juez de 1ª Instancia de Alcázar de San Juan en su sentencia, lo que obligaría por razones de economía procesal a desestimarlos en todo caso.

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 7 noviembre 1979.

Jurisdicción: Civil

Resumen: Donación: usufructo de parte de edificio con reserva del derecho de sobreedificación. Partición hereditaria realizada por el testador. Interpretación de los contratos, por el Juzgador de Instancia. Error de derecho.

Ponente: Sr. D. Jaime De Castro García

CONSIDERANDO:- Que el primer motivo del recurso, formulado al amparo del número primero del art. 1692 de la Ley Procesal, se basa en la aplicación indebida por la Sala sentenciadora del art. 620 del C. Civ., razonando que las donaciones realizadas por doña Rosenda M. en favor de sus hijas son donaciones **inter vivos** y como tales irrevocables, nota de la que se prescinde al tener por eficaz la disposición en favor de doña Juana R. M., mediante escritura pública de 11 noviembre 1966, del derecho de edificar sobre el tejado de la planta segunda, que le dona en el mismo contrato unilateral, ajustándose a la limitación de superficie que expresa; impugnación que no puede prevalecer, pues **si bien es esencial en la donación «mortis causa», como liberalidad que se hace por temor o en previsión de la muerte «contemplatio mortis», la característica de que el donante conserva el dominio de la cosa legada y no transmite de presente su titularidad, lo que le convierte en revocable por lo mismo que no produce efecto sino «post mortem», según proclamaron los textos del derecho histórico (Ley 11, título 4.º, Partida 5.ª), lo que ha llevado a la doctrina jurisprudencial a calificar como tales las determinadas por el suceso de la muerte prevista, sin animo de perder el donante la cosa donada o su libre disposición por lo que además de su revocabilidad su eficacia no se origina en**

vida del disponente y carecen de valor si no se manifiestan a través de alguno de los medios arbitrados para el otorgamiento de las disposiciones testamentarias -SS. de 8 julio 1943 (RJ 1943\855), 23 marzo 1948 (RJ 1948\303), 29 octubre 1956 (RJ 1956\3421), 7 junio 1960 (RJ 1960\2082) y 7 enero 1975 (RJ 1975\12)-, de manera que la donación **inter vivos** no dejará de serlo cuando la circunstancia de la muerte opera en el donante como motivo puramente subjetivo pero sin incorporarse a la donación como causa, lo que no acontece en el caso litigioso en que es transmitida a las donatarias la nuda propiedad de las distintas plantas, atribuyéndoseles un poder de disposición con determinadas restricciones, es lo cierto que el Tribunal **a quo**, con independencia de la calificación efectuada, afirma que **la donante se reservó al realizar la donación a la recurrente, primera de las hijas favorecida, todo el resto del edificio así como el derecho a elevar otras plantas, situación aceptada por doña Antonia R. M. a medio de toda una serie de actos propios vinculantes, tales como la no contribución a los gastos de saneamiento de la terraza, colocación de los depósitos de agua propios sobre lo últimamente edificado, conocimiento sin protesta de la solicitud de obras por parte de la donante, etc. y además de que la ponderación probatoria no ha sido combatida por el cauce adecuado, no se oculta que tal reserva es a todas luces válida - resolución de la Dirección General de los Registros de 7 abril 1970 (RJ 1970\3459)-, con posibilidades de constancia tabular conforme a lo dispuesto en el art. 16, núm. 2.º, del Reglamento Hipotecario, debiendo añadirse que tal conclusión se acomodaría de otra parte, en caso de duda y en defecto de otros medios de convicción para establecerla, a la regla interpretativa del art. 1289 del Código sustantivo sobre la menor transmisión de derechos o intereses en un acto gratuito como es la donación, y sin que todo ello se contradiga con la referencia a la Ley de Propiedad Horizontal (RCL 1960\1042 y NDL 24990) como normativa reguladora de la situación creada, pues sobre lo dicho,**

sabido es que lo dispuesto en la Ley de 21 julio 1960 (RCL 1960\1042 y NDL 5662) no eliminó ni coartó el principio de autonomía de la voluntad contractual en lo que no afecte a materias de derecho necesario, según esta Sala tiene declarado -SS. de 16 mayo 1967 (RJ 1967\2419), 14 marzo 1968 (RJ 1968\1740) y 27 abril 1976 (RJ 1976\1928).

CDO.:- Que sentado lo anterior en nada importa a la cuestión debatida al aserto de la sentencia objeto de recurso en orden a que el testamento otorgado por doña Rosenda M. el 24 marzo 1970, integrado por las donaciones dispuestas años atrás y a las que se refiere como suficientes para cubrir la legítima en cuanto que colacionables (artículos 1035 y 815 del C. Civ.), **entraña una partición practicada por la testadora, como así es propiamente, pues en nada se opone a que el acto de liberalidad en favor de la recurrente aun constituyendo una donación «inter vivos» resulte compatible en su trascendencia con la reserva por la donante del derecho a elevar la fábrica edificada;** lo que hace decaer el motivo segundo del recurso, que alega aplicación indebida del art. 1056 del citado Código, y también el tercero que aduce no aplicación del art. 1091 del propio Cuerpo legal en relación con el 621, por cuanto la sentencia recurrida, lejos de desconocer la fuerza obligatoria del contrato al interpretar la donación en el sentido expuesto, ha fijado con acierto el contenido de la disposición de la donante doña Rosenda M.

CDO.:- Que inoperante el motivo cuarto, amparado en el mismo ordinal que los precedentes, que opone violación del art. 467 del C. Civ. y ha de ser rechazado en razón de la evidencia de que **el usufructo que la donante retuvo sobre el piso donado a la recurrente no desvirtuó su dominio en cuanto al resto de la finca ni contradice el reservado derecho de sobreedificación,** invoca el quinto violación por no aplicación del art. 11, ap. 1.º, de la Ley Propiedad Horizontal, pues en criterio de la recurrente la edificación levantada sobre la planta segunda

vulnera dicho precepto al constituir una construcción innovativa que por afectar al título requería para su válida realización el consentimiento unánime de los titulares; pero ha de ser desestimado, pues si bien la norma citada menciona como alteración esencial afectante a la entidad física del inmueble la construcción de nuevas plantas, **el principio general del «ius prohibendi» y consiguiente necesidad de anuencia de los restantes dueños no es operante cuando la propietaria de la casa y donante de los distintos pisos se reservó el derecho a darle mayor altura, que transmitió con delimitación muy precisa a la donataria recurrida doña Juana R. M. (manifiestamente con el deseo de buscar la posible equivalencia en lo recibido por cada una de sus hijas), quien lo puso en efectividad ateniéndose a los términos de la donación, por lo que es claro que sólo después de la obra innovadora puede hablarse de la calificación del vuelo como elemento común a tenor de lo dispuesto en el art. 396 del C. Civ., y sin perjuicio de lo que pueda pretenderse sobre la variación de las cuotas, si a ello hubiere lugar.**

CDO.:- Que el art. 7.º de la Ley Propiedad Horizontal (RCL 1960\1042 y NDL 24990) pone como límite al derecho que en principio asiste a cada propietario a modificar su piso la exigencia de que no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, de suerte que las obras vendrán permitidas sin necesidad de previa anuencia en cuanto no cambien la estética fundamental del edificio, introduciendo variaciones en la fachada, ni debiliten la resistencia de la finca dañando su firmeza, pues según expresa el preámbulo «la Ley pretende llevar al máximo posible la individualización de la propiedad desde el punto de vista del objeto» y en consecuencia «los derechos de disfrute tienden a atribuir al titular las máximas posibilidades de utilización, con el límite representado tanto por la concurrencia de los derechos de igual clase de los demás cuanto por el interés general, que se encarna en la conservación del edificio y en la subsistencia del régimen de

propiedad horizontal, que requiera una base material y objetiva»; razones que hacen improsperable el motivo sexto, que también por el cauce del núm. 1.º del art. 1692, se apoya en interpretación errónea del referido art. 7.º de la regulación especial sobre la materia, **pues las obras ejecutadas por la recurrida doña Angeles R. M. no contravienen aquellas limitaciones, ya que la sentencia recurrida afirma, sin contradicción eficaz en el recurso, que se redujeron al aprovechamiento, en el plano correspondiente a su planta, del hueco de una escalera interior inutilizada años antes a fin de ceder los pisos a distintos arrendatarios, a la sustitución de los viejos y carcomidos elementos de madera del mirador por otros de carpintería metálica pero manteniendo la forma, a la instalación de unas mamparas de cristal en el interior de la terraza cubierta, sin alterar su aspecto exterior, y a la ampliación de una puerta - dentro del piso- que comunica con el mirador y terraza con lo que manifiestamente no ha sido ocasionado cambio alguno esencial en la fachada, sino que se mantuvo el aspecto exterior del inmueble, ni padece en lo más mínimo la seguridad del edificio, como tampoco existe agravio a los restantes dueños por el hecho de colocar en la parte interior de la puerta que da al balcón unos muebles de cocina que la dejan transitoriamente sin servicio porque así conviene a su propietaria.**

CDO.:- Que la misma suerte desestimatoria merece el motivo séptimo, que por la vía del núm. 7.º del art. 1.692 de la Ley de trámites, reprocha a la sentencia de la Sala error de derecho en la apreciación de la prueba con violación del art. 1218, párr. 2.º, del C. Civ.; dado que **el Tribunal de instancia ha valorado con entera corrección las manifestaciones de voluntad contenidas en la escritura de donación de 24 abril 1963, fijando su verdadero alcance a la vista de los términos de la declaración, de la naturaleza jurídica del negocio, de las circunstancias familiares y de los actos posteriores de donante y donataria.**

CDO.:- Que por todo lo expuesto procede la íntegra desestimación del recurso, con los preceptivos pronunciamientos en cuanto a la imposición de costas y pérdida del depósito constituido (art. 1748 de la Ley Procesal).

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 21 julio 1986.

Jurisdicción: Civil

Resumen: Partición hereditaria: practicada por los causantes, efectos. Poseedor de buena fe, gastos realizados, no probados.

Ponente: Sr. D. Rafael Pérez Gimeno

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia de Primera Instancia, confirmada íntegramente por la aquí recurrida, contiene los siguientes pronunciamientos: Primero. Declara que la partición hecha por los fallecidos cónyuges Don Secundino F. A. y Doña Elisa A. M., padres de los litigantes, en sus respectivos testamentos otorgados el día veintiocho de noviembre de mil novecientos setenta y cuatro ante el Notario de Pravia es válido y eficaz; y Segundo. Condena a los demandados a estar y pasar por ella, a que formalicen el correspondiente cuaderno que recogiendo las adjudicaciones realizadas por las partes con todos los datos que sean necesarios complementar, pueda ser elevado a escritura pública y a que los herederos entreguen a cada adjudicatario los bienes de sus respectivos lotes e hijuelas.

2.- Frente a dicha sentencia se interpone el presente recurso estructurado en tres motivos, todos al amparo del ordinal primero del artículo mil seiscientos noventa y dos de la Ley Procesal Civil en su redacción anterior a la reforma, invocándose en el primero de ellos la infracción, del artículo mil sesenta y ocho del Código Civil, pues, a su entender, si bien existen unos testamentos de los padres en los que se distribuyen unos bienes entre los hijos, sin embargo, no se ha procedido a

la liquidación formal de la herencia que implica el inventario de los bienes, derechos y deudas, así como de los gastos, por lo que al atribuir la sentencia la titularidad de unos bienes a unos herederos por mero testamento, se infringió el citado artículo mil sesenta y ocho que requiere, para la atribución dominical de los bienes adjudicados, la partición legalmente hecha; motivo que no puede prosperar, pues **si el artículo mil cincuenta y seis del mismo cuerpo legal, admite como una de las posibles formas de hacer la partición, la que de sus propios bienes realice el testador y a la que atribuye fuerza vinculante -«se pasará por ella» dice el precepto-, es indudable que sus efectos son los mismos que si se tratara de partición judicial o de partición extrajudicial practicada por los propios herederos o por albaceas o partidores, es decir, sus efectos son los de conferir a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados, ello, claro es, sin perjuicio de las acciones de impugnación que el artículo mil setenta y cinco en relación con el mil cincuenta y seis, concede a los herederos forzosos en la hipótesis de que perjudique sus legítimas o de que aparezca o racionalmente se presuma que fue otra la voluntad del testador y sin perjuicio, también, de la práctica de aquellas operaciones complementarias de las citadas adjudicaciones que puedan ser necesarias para su plena virtualidad, operaciones que en modo alguno suponen que la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados a cada heredero no se haya verificado como efecto de la partición desde el momento de la muerte del testador;** razonamientos los expuestos que llevan al rechazo del segundo motivo en el que se denuncia la infracción del mismo artículo mil sesenta y ocho, pues si bien es cierto, como afirma el recurrente, que ni el testamento ni la declaración de herederos abintestato son por sí solos títulos suficientes para reivindicar bienes concretos y determinados y ello porque tales títulos sólo confieren un derecho abstracto sobre el patrimonio relicto que permanece en indivisión, **no es menos cierto que una vez practicada la partición aquel**

derecho abstracto se transforma en un derecho concreto sobre los bienes que a cada heredero se le hayan adjudicado, ostentando a partir de dicha adjudicación una titularidad ordinaria, como la que puede corresponderle sobre bienes integrados en su patrimonio por cualquier otro título adquisitivo, y en el caso de litis, como se acaba de decir, la partición hecha por el testador en su testamento, lo mismo que la practicada por cualquiera otra forma admitida en derecho, produce el efecto de conferir a cada heredero la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados, propiedad exclusiva que faculta para el ejercicio de cualquiera acción reivindicatoria.

3.- El tercero y último motivo denuncia la infracción por inaplicación del artículo cuatrocientos cincuenta y tres del Código Civil relativo al abono de los gastos necesarios y útiles al poseedor de buena fe, argumentando a tal efecto que el recurrente viene habitando desde hace muchos años la casa litigiosa y es además poseedor de buena fe, habiendo realizado en ella obras y trabajos de conservación y mejora que representan un gasto económico por importe de seiscientas mil pesetas, pese a lo cual la sentencia desconoce el derecho de retención a que tiene derecho como tal poseedor de buena fe; motivo que debe correr la misma suerte desestimatoria de los anteriores, **pues si la sentencia afirma que el recurrente, actor en la reconvención no ha probado haber realizado los gastos que reclama, y tal afirmación permanece incólume al no haber sido combatida en este recurso por el cauce adecuado, falta el presupuesto de hecho en el que se apoya el motivo, por lo que sin necesidad de otra argumentación procede su repulsa.**

4.- Por lo expuesto debe desestimarse el recurso todo ello con expresa imposición de costas y pérdida del depósito constituido al que se dará el destino legal.

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 15 febrero 1988.

Jurisdicción: Civil

Resumen: Participación hereditaria; practicada por el causante: efectos en el supuesto de omisión de algunos objetos. Congruencia: otorgar menos de lo pedido. Actos propios: inexistencia; requisitos. Renuncia de derechos: inexistencia.

Ponente: Sr. D. Manuel González Alegre y Bernardo

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El mejor entendimiento de la cuestión traída al recurso, hace preciso conocer las circunstancias que la determinaron, para lo que bastará recoger resumidamente los antecedentes, con gran claridad expuestos en la sentencia recurrida y señalar lo que gravita en los motivos con los que se articula o fundamenta: a) En 16 de agosto de 1979 fallece don Ignacio P. V., viudo de doña María F. G., del matrimonio nacieron tres hijos María Rosa, Ignacio y Mateo P. F., habiendo otorgado testamento ológrafo que lleva fecha 20 de febrero de 1978 completado con otro al que el testador denomina codicilo de 6 de diciembre del propio año, documentos ambos debidamente protocolizados; en dicho testamento se instituye herederos a los tres hijos del causante y se hace una serie de legados a cada uno de ellos, con lo que se viene a distribuir la totalidad del caudal hereditario salvo algunos muebles y tres inmuebles reseñados por la recurrente en su escrito de demanda, disponiéndose en cuanto a las deudas que pudieran gravar la herencia sean satisfechos por los tres instituidos herederos por iguales partes. b) Don Ignacio y don Mateo, promovieron en 1981 juicio voluntario de testamentaría

para la división y adjudicación de la herencia, sustanciado con la intervención de doña María Rosa, en el que tras diversos incidentes se dicta Auto por la Sala de lo Civil de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en grado de apelación, de fecha 24 de octubre de 1985, confirmando la resolución de primera instancia, teniendo por separado del juicio a sus promotores. c) En 8 de mayo de 1984, don Mateo por sí y en representación de su hermano don Ignacio otorga escritura pública de aceptación de la herencia de don Ignacio P. V. y adjudicación de los bienes de dicha herencia les han correspondido, prometiendo entregar determinada finca a doña María Rosa, para dar cumplimiento a la voluntad del causante, así como los demás bienes constitutivos del legado específico a su favor; en la relación de bienes se incluyen aquellos tres inmuebles reseñados por la recurrente de los que no dispuso el testador, los que son adjudicados a los otorgantes don Mateo y don Ignacio. d) En el presente recurso gravita como cuestión fundamental, hasta el punto de servir de apoyo a cuatro de los motivos de los cinco del recurso, la interposición por los hermanos don Ignacio y don Mateo de aquel juicio voluntario de testamentaría, calificado de «acto propio» al que incompatibiliza con el otorgamiento de la escritura de aceptación de herencia y adjudicación de bienes.

SEGUNDO.- Se denuncia en el primer motivo del recurso, amparado en la causa tercera del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la infracción de los artículos 359 y 372 números 3.º y 4.º de la expresada Ley, relativos, el primero a la congruencia que han de guardar las sentencias, y aquellos números del segundo, a la apreciación de los puntos de derecho fijados por las partes dando las razones y fundamentos legales procedentes para el fallo y el pronunciamiento del fallo en los términos prevenidos en los artículos 359 y 360; en cuanto a la primera cuestión sí por incongruencia hemos de entender la disconformidad o discrepancia entre suplico de la demanda o en su caso reconvenición y parte dispositiva o fallo de la sentencia que se tacha de incongruente, confrontados los pronunciamientos

que del juzgado se suplican: declarar la nulidad de la escritura pública de 8 de mayo de 1984 y la de las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad en contemplación de la susodicha escritura, con el fallo de la sentencia conforme al cual se declara la nulidad de dicha escritura si bien se -dice únicamente en cuanto en mérito de ella los demandados se adjudicaron de la herencia de don Ignacio P. V., las fincas que se relacionan, así como la de las inscripciones practicadas en el Registro de la Propiedad en virtud de los actos ahora declarados nulos ordenándose la cancelación de dichos asientos registrales, es visto se da absoluta conformidad pues el condenar a menos de lo pedido no altera la congruencia; sin que a ello afecte el que como se quiere hacer ver en el desarrollo del motivo, si por voluntad de don Ignacio y don Mateo la partición y adjudicación de la herencia en su integridad se encomendaba al juicio voluntario de testamentaría, en lo que se hallaban comprometidos, se contradicen al otorgar la escritura de 8 de mayo de 1984, por lo que al conceptuarlo de acto propio les vetaba de dicho otorgamiento, y al no haber sido objeto de atención por el juzgador constituye una clara inobservancia de cuanto dispone el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil; y no le afecta como se indica por cuanto la sentencia de primera instancia no le dio más trascendencia que la de haber sido rechazado por don Ignacio y don Mateo como medios para dilucidar la cuestión, sentencia que no fue recurrida por doña María Rosa y que en consecuencia delimita el ámbito jurisdiccional del recurso de apelación; como no menos porque fijaba la situación jurídica de la actora y hoy recurrente en el fundamento de derecho de dicha sentencia aceptado por la de apelación, con arreglo a la que giran los razonamientos jurídicos de la misma sin hacer referencia concreta a la situación creada por la interposición del mencionado juicio de testamentaría, es porque no había de afectar a la conclusión final a la que llega conducido por dichos razonamientos jurídicos que para nada los interfiere, no pasando de mera anécdota; y como con respecto a aquella otra alegación referente a la forma en la

que ha de dictarse las sentencias, la recurrida cumple con los requisitos recogidos en aquellos números 3.º y 4.º del artículo 372 citado, ya se razona con amplitud, claridad y precisión, conducente al fallo totalmente congruente con las pretensiones de la parte actora, si bien lo sea en menos de lo pedido, el motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- Se denuncia en el segundo de los motivos, amparado en la causa quinta del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la infracción de los números 4 y 6 del artículo primero del Código Civil, y de la doctrina jurisprudencial reflejada en las sentencias que se citan, en cuanto a la fuerza vinculante del acto propio, en el supuesto de autos, al haber don Ignacio y don Mateo P. planteado el juicio voluntario de testamentaría encaminado a inventariar, liquidar, partir y adjudicar la herencia de su padre don Ignacio P. V., toda vez que estando comprometidos con dicho juicio por propia iniciativa procedieron «contradiciéndose» al otorgamiento de la escritura de 8 de mayo de 1984, lo que ha de llevar consigo la incorrección jurídica del instrumento público en cuestión implicativo de una posterior conducta en desacuerdo con el susodicho «acto propio»; mas yerra la recurrente al calificar de «acto propio», al que refiere el principio de derecho reconocido por la jurisprudencia de que «nadie puede ir válidamente contra sus propios actos», aquel planteamiento de juicio voluntario de testamentaría, pues si dichos «**actos propios**» **son los que como expresión inequívoca del consentimiento se realizan u obedecen al designio de crear, modificar o extinguir algún derecho causando estado y definiendo de un modo inalterable la situación jurídica de su autor**, no cabe entender, como no entendió el juzgador de instancia que el simple planteamiento de un proceso judicial a los fines de dilucidar una situación jurídica en conflicto, por entender era válido para ello, pueda arrastrar a seguirle y prohibir cualquier conducta posterior apartándose del mismo, cual pretende la recurrente, ni se crea, ni se modifica, ni se extingue derecho subjetivo alguno, máxime cuando no se trata de

burlar la Ley o menoscabar el interés o derecho de la parte que se cree perjudicada a la que asisten cuantas acciones puedan emanar de la situación jurídica que en la herencia de su causante le asistan, por lo que el motivo ha de ser desestimado.

CUARTO.- En el tercer motivo, por igual vía que su anterior, se denuncia la infracción del número 2 del artículo 6 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial reflejada en las sentencias de esta Sala que se citan, en relación con la renuncia de derechos, con lo que se viene a plantear una tercera cuestión en orden a aquel juicio voluntario de testamentaría al que se viene haciendo referencia, ahora al entender que si el testamento ológrafo bajo el que falleció don Ignacio P. V. entrañaba una «partición parcial» por el que los herederos adquirieron el derecho de distribuir el caudal relicto, resulta indudable que la actitud de don Ignacio y don Mateo al promover dicho juicio es acto concluyente sobre la renuncia a los derechos dimanantes de aquella partición del testador y consecuente «su toma de partido por la distribución de bienes a través del juicio de testamentaría»; aparte de que a diferencia de los aspectos o consecuencias que se quieren derivar de tan repetida iniciación de aquel juicio de testamentaría que se contempla en los motivos anteriores eran cuestiones debatidas, la una en cuanto podría afectar a la congruencia, la otra en su significación de acto propio, la que se trae a este tercer motivo, al no haber sido objeto de discusión en la litis en resolución en la sentencia ha de ser calificada de cuestión nueva y por ello vedada para su acceso al recurso; pero es que además, el acudir al juicio de testamentaría no es acto concluyente del que pueda entenderse renunciados aquellos derechos derivados del testamento, puesto que cabe interpretar de muy diverso modo, pues si por un lado se ha de pasar por la partición hecha por el testador, cuando los herederos no se entendieren habrá que acudir a la Ley de Enjuiciamiento Civil, nada obsta que llegado tal entendimiento siempre existirá la posibilidad de prescindir del procedimiento, luego no cabe entender que al acudir al mismo

suponga la renuncia de un derecho que al heredero corresponde mientras penda la liquidación total de la sucesión; por todo ello el motivo ha de ser desestimado.

QUINTO.- El cuarto motivo, amparado, en la causa cuarta de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia la existencia de error en la apreciación de la prueba, mas lo denunciado no es propiamente una errónea apreciación probatoria sino la «ignorancia» de unos determinados elementos probatorios, como lo es el de no atribuir al juicio de testamentaría incoado a instancia de don Mateo y don Ignacio P. toda la trascendencia que en «Derecho» le corresponde, tanto por lo que se refiere al principio de la irreversibilidad de los actos propios como por lo que atañe al de la válida renuncia de derechos civiles que no perjudican a terceros; se suscita nuevamente, aunque ahora lo sea por vía procesal que ha de resultar un tanto extraña, las cuestiones a las que se hizo examen en los motivos anteriores y que fueron desestimados, pues ni la incoación de aquel juicio había de suponer acto propio con el alcance que quería atribuírsele, ni la renuncia de un derecho que a los actores en dicho juicio correspondía por lo que mal cabe entender que ello aparezca demostrado, por aquella copia literal certificada de las actuaciones procesales del tan meritado juicio de testamentaría, a la que el recurrente califica tan arbitraria como erróneamente de documento auténtico, a dichos fines por lo que el motivo ha de ser desestimado.

SEXTO.- El motivo quinto, último del recurso, amparado en la causa quinta del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del artículo 1056 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial reflejada entre otras en la Sentencia de esta Sala de 9 de marzo de 1961 (RJ 1961\945), al considerar erróneamente la resolución recurrida que el testamento rector de la sucesión de don Ignacio P. sin duda por inadvertencia se dice F. por V., queda así salvada, entraña una partición parcial de su herencia, que ha de respetarse, la que contradice la citada sentencia; es de tener en cuenta que según sienta la expresada

sentencia, la testadora adscribe determinados bienes de la herencia a cada uno de sus dos herederos individualizando alguno de ellos, pero sin llegar a dividir y adjudicar todos los que integran su patrimonio, lo que hay que entender de pleno conocimiento de ello, por lo que no puede estimarse realizada la partición de la herencia por la causante, supuesto bien distinto al que se contempla en el recurso en el que el testador hace una distribución y adjudicación de la plena totalidad de sus bienes que constituyen su herencia, como no menos respecto a las deudas al disponer sean pagadas por los instituidos herederos por iguales partes, y como expresión de ser esta distribución total la que responde a su voluntad con emotivas palabras dice que «todo cuanto dispongo me lo ha dictado el corazón y abrigo la esperanza de que comprenderéis que al disponer esta repartición entre vosotros sólo me guía el deseo de que ninguno de vosotros salga perjudicado respecto a los demás y querría haber acertado para que al disfrutar de ello guardéis el mejor recuerdo mío y no dudéis de cuánto os he querido siempre a todos», y si bien en el complementario que dice codicilo hace referencia a los bienes omitidos un chale y un piso aclara el uno por olvido el otro por adquisición posterior, y según reseña la recurrente aún existe una tercera finca, es claro que todo ello no representa sino una mínima parte dentro de la totalidad de la herencia que cabe encajar en lo dispuesto por el artículo 1079 como entiende el juzgador de instancia, y no cabiendo duda que no resulta infringido el artículo 1056 del Código Civil el motivo ha de ser desestimado.

SEPTIMO.- Desestimados los cinco motivos procede, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1715 de la Ley Procesal Civil, declarar no haber lugar al recurso, con imposición de las costas al recurrente.

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 7 diciembre 1988.

Jurisdicción: Civil

Resumen: Partición hereditaria: practicada en el testamento por el causante: invalidez en cuanto afecta a unos bienes de los que no podía disponer libremente, por ser gananciales y no haberse liquidado la sociedad. Actos propios: concepto. Recurso de casación: error en la apreciación de la prueba: estimación. Infracción de las normas del ordenamiento jurídico: desestimación: incongruencia, no es impugnabile por este motivo: congruencia: concepto.

Ponente: Sr. D. Francisco Morales Morales

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos incuestionados que integran el soporte fáctico del proceso del que este recurso dimana, cuya exposición pormenorizada se hace imprescindible para la comprensión y adecuada resolución del mismo, son los siguientes: **a)** Doña Aurelia C. G., casada con don Luis S. F., de cuyo matrimonio tienen diez hijos, llamados doña Aurelia, doña Isabel, doña Encarnación, don José-Luis, doña Carmen, don Emeterio, doña María-Emma, don Remigio, doña Inmaculada y doña Clara S. C., en 18 de febrero de 1954, bajo la fe del Notario de Torrelavega don José-Luis P. M. (con el número 155 de su protocolo), otorgó testamento abierto (único de los por ella otorgados), por el que legó el tercio de libre disposición de su herencia, en pleno dominio, a su cónyuge don Luis S. F. e instituyó herederos en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, en propiedad plena y por iguales partes, a sus diez expresados hijos. **b)** El día uno de noviembre de 1958 falleció doña Aurelia C. G., hallándose vigente su expresado

testamento, sin que, a su muerte, el cónyuge viudo y sus diez hijos practicaran liquidación de la sociedad de gananciales, a cuyo régimen estaba sometido el citado matrimonio, ni tampoco hicieran la partición de la herencia de la aludida causante, todos cuyos bienes continuó usufructuando el cónyuge viudo. **c)** En 9 de febrero de 1978, bajo la fe del Notario de Torrelavega don Mariano C. S. (con el número 273 de su protocolo), el viudo don Luis S. F. otorgó testamento abierto (único de los por él otorgados), en el que, después de decir que estuvo casado en únicas nupcias con doña Aurelia C. G., de cuyo matrimonio tiene diez hijos (los ya relacionados anteriormente), manifiesta expresamente que «instituye herederos a partes iguales a sus diez citados hijos, siendo sustituidos por sus respectivos descendientes legítimos», a continuación de lo cual agrega: «es deseo del testador y así ruega, que al hacer la distribución de los bienes, lo hagan de la forma siguiente: A su hijo Remigio: la casa en Sovilla, San Felices de Buelna, número dos de gobierno, de planta baja, piso alto, cuadra, pajar, socarreña y huerto, que linda por el Oeste, con carretera. A su hija Clara: la casa grande de San Felices, número 101 de gobierno, sitio de Consolación, donde vive el testador en compañía de dicha hija, y cinco carros de tierra donde la casa, que linda: Norte, servidumbre común de la Barriada; Sur, campo común; Este, carretera vecinal, y Oeste, con terreno de dicha hija. A su hija Inmaculada: la casa pequeña, con su cuadra, corral y huerta de unos ocho a diez carros, que linda: Norte, servidumbre común de la Barriada; Sur, campo común de la Iglesia; Este, Clara Santos Collantes, y Oeste, José Laguillo, todo radicante en San Felices. Y a sus hijos Aurelia, Isabel, Encarnación, José-Luis, Carmen, María-Emma, a repartir entre los siete el terreno restante». **d)** El día uno de diciembre de 1978 falleció don Luis S. F., hallándose vigente su referido testamento. **e)** Aparte de existir en el caudal hereditario de los cónyuges doña Aurelia C. G. y don Luis S. F. bienes privativos de cada uno de ellos, el mayor número de sus bienes eran gananciales.

SEGUNDO.- De los diez citados hijos del expresado matrimonio, nueve de ellos, o sea, todos menos doña Clara, estaban de acuerdo en distribuir entre ellos, de manera amistosa y extrajudicialmente, en décimas partes iguales, el caudal hereditario de sus padres, considerado como un todo único, sin distinguir el carácter privativo o ganancial que originariamente tuvieran los bienes que lo integran, para lo que don Remigio y doña Inmaculada renunciaban incluso a las casas, respecto de las cuales su padre, en su testamento, había expresado su deseo de que les fueran respectivamente adjudicadas en pago de sus participaciones hereditarias, pero ante la oposición que a ello hizo doña Clara, los nueve citados hermanos se vieron forzados a promover, ante el Juzgado de Primera Instancia de Torrelavega, el correspondiente juicio voluntario de testamentaría, en el que, previa su oportuna tramitación y tras ser totalmente disconformes entre sí las particiones formuladas por los Contadores designados por cada una de las partes enfrentadas (los nueve hermanos unidos, por un lado, y doña Clara, por el otro), la practicó el Contador dirimente nombrado por el Juzgado, que lo fue, por insaculación, el Letrado de Torrelavega, don Manuel B. M., el cual, en esencia, dividió el caudal hereditario de ambos esposos causantes, como si fuera un todo único, en diez partes iguales, si bien, al hacer la adjudicación de bienes a cada uno de los diez hermanos para el pago de sus respectivas cuotas hereditarias (por importe, cada una, de seiscientos setenta y dos mil novecientos noventa y nueve pesetas), asignó a doña Clara la llamada Casa grande, conforme al deseo expresado por el padre don Luis S. F. en su testamento, pero como el valor de dicha casa (un millón cuatrocientas sesenta y seis mil seiscientos sesenta y seis pesetas) era superior al de su cuota hereditaria, determinó que doña Clara abonara en metálico el exceso a varios de sus hermanos, en la proporción correspondiente, para que las cuotas de todos ellos fueran iguales en la cantidad ya expresada, bajo cuyo designio igualatorio las otras dos casas fueron adjudicadas, en proindiviso, a varios de los citados coherederos. La referida partición del Contador dirimente, a

la que prestaron su consentimiento los nueve referidos hermanos, fue impugnada por doña Clara, a través del juicio declarativo correspondiente, en el que dedujo la pretensión de que la partición del patrimonio hereditario de sus dos padres, como un todo unitario, se hiciera en el sentido de que a ella y a sus hermanos don Remigio y doña Inmaculada se les adjudicaran, en pago de sus respectivas cuotas hereditarias, las casas asignadas a cada uno por su padre en su testamento, sin tener que hacer compensación alguna en metálico por las diferencias, en más o en menos, de valor de tales casas con respecto a las cuotas de los demás, y que los restantes bienes integrantes del caudal hereditario fueran divididos por séptimas partes entre sus otros siete hermanos. La sentencia del Juzgado, recaída en dicho proceso, estimó la demanda de doña Clara S. C., acordando, en su consecuencia, la formalización de la partición por el Contador dirimente en los términos ya dichos. En grado de apelación, la expresada sentencia fue confirmada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos, contra la que los nueve hermanos doña Aurelia, doña Isabel, doña Encarnación, don José-Luis, doña Carmen, don Emeterio, doña María-Emma, don Remigio y doña Inmaculada S. C. interponen el presente recurso de casación, que articulan a través de cuatro motivos.

TERCERO.- Por el primero de ellos, por el cauce procesal del ordinal quinto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los recurrentes denuncian «infracción, por no aplicación, del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al incurrir las sentencias en incongruencia y todo ello en relación también con infracción, por no aplicación, de la jurisprudencia referente al principio de derecho de la fuerza vinculante de los actos propios», para lo cual aducen que la actora doña Clara S. C., única impugnante del cuaderno particional litigioso, no se ha limitado a pedir que a ella se le adjudique en la partición lo que entiende le corresponde con arreglo al testamento de su padre (concretamente la denominada «Casa Grande», sin tener que abonar nada en metálico a sus coherederos, por el

exceso de valor de dicha casa con respecto a la cuota hereditaria de los demás), sino que también ha postulado que a sus hermanos don Remigio y doña Inmaculada se les adjudiquen, en pago de sus respectivas cuotas, las casas que su padre les había asignado, respectivamente, en su referido testamento, cuando ellos han mostrado su conformidad con el cuaderno particional impugnado, a pesar de que en él no se les hace adjudicación de las expresadas casas, por lo que los recurrentes entienden que, al haber la sentencia recurrida estimado todas las pretensiones de la actora doña Clara, ha incurrido en incongruencia, además de haber infringido la doctrina jurisprudencial sobre la fuerza vinculante de los actos propios. El expresado motivo ha de fenecer, no sólo porque el cauce utilizado para la articulación del mismo (ordinal quinto del ya citado artículo de la Ley Procesal Civil) es inadecuado, pues como tiene declarado esta Sala -Sentencias de 17 de diciembre de 1985 (RJ 1985\6592), 30 de mayo y 27 de junio de 1986 (RJ 1986\2834 y RJ 1986\4401), entre otras- el vicio de incongruencia no tiene otro cauce de denuncia que el del ordinal tercero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y porque en el expresado motivo mezcla, como supuestamente violados, conceptos jurídicos tan heterogéneos como el de la congruencia de la sentencia y la doctrina jurisprudencial acerca de la fuerza vinculante de los actos propios, que tendrían que haber sido objeto de motivos distintos, por sus cauces procesales adecuados, sino también porque si por incongruencia hemos de entender la disconformidad o discrepancia entre el «petitum» de la demanda (o, en su caso, reconvencción) y la parte dispositiva o fallo de la sentencia, tal vicio no es predicable de la sentencia aquí recurrida, que se ha limitado a estimar todos los pedimentos de la demanda, ello sin perjuicio de que si los recurrentes entienden que tal estimación no es ajustada a Derecho, puedan impugnar la misma por violación de los preceptos jurídicos sustantivos que estimen infringidos, como así lo hacen a través de los motivos segundo y tercero, que seguidamente estudiaremos, pero no tachando de incongruente a la

sentencia recurrida, y también porque la doctrina jurisprudencial de la fuerza vinculante de los «actos propios», que los recurrentes en este mismo motivo citan como infringida, carece en absoluto de aplicación al presente caso, ya que si dichos «actos propios» son los que, como expresión inequívoca del consentimiento, se realizan u obedecen al designio de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo de un modo inalterable la situación jurídica de su autor, la actora doña Clara S. C. no había realizado acto alguno de la expresada naturaleza que se halle en contradicción con las pretensiones que luego dedujo en su demanda, por lo que la sentencia recurrida, al estimar dichas pretensiones, no puede haber incurrido en infracción de la citada doctrina jurisprudencial.

CUARTO.- Al denunciarse, por el motivo cuarto, error de hecho en la apreciación de la prueba, el mismo debe ser estudiado, por razones de método procesal, antes que el segundo y el tercero, que denuncian infracción de normas del ordenamiento jurídico, ya que la previa y correcta fijación del soporte fáctico litigioso puede ser antecedente necesario y decisivo para la adecuada solución de la «quaestio iuris», que plantean los dos aludidos motivos intermedios.

QUINTO.- Por el referido motivo cuarto, con sede procesal en el mismo ordinal del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los recurrentes, como ya se ha dicho, denuncian «error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos y que demuestran la equivocación del juzgador y sin estar contradichos por otros elementos probatorios», señalando como tal error el no haber la sentencia de la Sala «a quo» reconocido el carácter ganancial que corresponde a las dos casas, respecto de las cuales don Luis S. F., en su testamento, expresó su deseo de que fueran, respectivamente, adjudicadas a sus hijas doña Clara y doña Inmaculada en pago de sus haberes hereditarios, y citando como documentos que evidencian el error denunciado los siguientes: el Inventario

de bienes presentado el día 4 de junio de 1979 en la Oficina Liquidadora de Torrelavega, con motivo del fallecimiento de don Luis S. F., para el pago del Impuesto de Sucesiones, correspondiente a la herencia de dicho causante; el cuaderno particional formulado en el juicio de testamentaría del que este proceso dimana por el Contador nombrado por los nueve hermanos aquí recurrentes; el cuaderno particional formulado en dicha testamentaría por el Contador nombrado por la demandante, aquí recurrida, doña Clara S. C.; el cuaderno particional formulado por el Contador dirimente, al que se refiere este recurso; el documento privado de fecha 1 de agosto de 1931, por el que don Luis S. F., en estado de casado con doña Aurelia C. G., compró una de las citadas casas, y el documento privado de fecha 22 de noviembre de 1934, por el que don Luis S. F., en estado de casado con doña Aurelia C. G., compró la otra de las dos aludidas casas. El expresado motivo ha de ser estimado, pues aunque la sentencia recurrida, en su simplista y exiguamente motivada resolución de la cuestión debatida, no se detiene, como tampoco lo hizo la de primer grado, a considerar cuál pueda ser la naturaleza, privativa o ganancial, de las dos referidas casas, parece, sin embargo, atribuirles la primera de ellas, al declarar, y basarse en ello para su pronunciamiento estimatorio de la demanda, que don Luis S. F. podía en su testamento, conforme al artículo 1056 del Código Civil, proceder «a la distribución de todos sus bienes», cuando de los dos ya citados documentos privados de compraventa, de fecha 1 de agosto de 1931 y 22 de noviembre de 1934, cuya autenticidad y certeza nadie ha negado, y que no han sido tomados en consideración por la sentencia recurrida, se desprende sin duda alguna que dichas dos casas eran de naturaleza ganancial, por haber sido adquiridas por don Luis S. F., por compraventa, constante su matrimonio con doña Aurelia C. G., cuya naturaleza, que en ningún momento ha sido cuestionada, ni puesta en duda, por ninguna de las partes aquí litigantes, como lo prueban los cuadernos particionales formulados, en su momento, por los respectivos Contadores-partidores por ellos

nombrados, la conservaban no sólo al tiempo del otorgamiento de su testamento por don Luis S. F., sino también en la fecha del fallecimiento de éste, al no haber sido practicada liquidación de la correspondiente sociedad de gananciales que existió entre los dos citados esposos, padres de los aquí litigantes.

SEXTO.- El principio general de que nadie puede transmitir o disponer de aquéllo 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 en general se refiere, en el artículo 659 del Código Civil, que circunscribe la herencia de todo causante a los bienes, derechos y obligaciones que integren 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. Asimismo, como aplicación más concreta de dicho principio general, la partición que, como una más de las clases o formas de partición hereditaria, puede hacer el propio testador, conforme al artículo 1056 del mismo 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, como ya tiene declarado esta Sala -Sentencias de 20 de mayo de 1965 (RJ 1965\2602), 17 de mayo de 1974 (RJ 1974\2068), 5 de junio de 1985 (RJ 1985\3095), entre otras-.

SEPTIMO.- La doctrina que acaba de exponerse en el Fundamento anterior ha de llevarnos a la estimación del motivo tercero, con sede procesal en el ordinal quinto del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el que los recurrentes denuncian «infracción, por no aplicación de los artículos 659 y 668

del Código Civil e inadecuada aplicación del artículo 1056 del mismo texto legal», ya que dos de las tres casas que, en su testamento, adjudicó don Luis S. F. (concretamente las asignadas a sus hijas doña Clara y doña Inmaculada) no eran de su propiedad, pues como ya se ha dicho al estudiar y estimar el motivo cuarto, tales casas tenían carácter ganancial, no sólo cuando el señor S. F. otorgó su referido testamento, sino también en la fecha de su fallecimiento, por lo que al no haberse llevado a efecto la liquidación de la sociedad de gananciales, no es posible conocer si tales casas habrían sido adjudicadas o no al mismo, como los recurrentes ponen de manifiesto también por medio del motivo segundo, con sede procesal en el mismo ordinal quinto, por el que denuncian «infracción, por no aplicación, de los artículos 1344, 1392 y 1396 todos ellos del Código Civil», por lo que ha de entenderse, con estimación de los dos expresados motivos, carente de eficacia la partición hecha en el testamento de don Luis S. F. único que la sentencia recurrida ha tomado en consideración, desconociendo que doña Aurelia C. G., también por testamento, había instituido herederos, por partes iguales, a sus diez hijos en el remanente de todos sus bienes, derechos y acciones, después de excluir el tercio de libre disposición de su herencia, que legó en pleno dominio a su esposo.

OCTAVO.- El acogimiento de los motivos segundo, tercero y cuarto, con la consiguiente estimación del presente recurso, obliga a esta Sala, de conformidad con lo dispuesto en el número 3.º del artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a resolver lo que corresponda dentro de los términos en los que aparece planteado el debate, acerca de lo cual, al no poder ser aceptado tampoco el fallo de la sentencia de primer grado, por ser coincidente con el de la aquí recurrida, ha de decidir este Tribunal que apareciendo de una correcta interpretación de los testamentos otorgados por los esposos doña Aurelia C. G. y don Luis S. F., que la voluntad de ambos era la de que sus diez hijos dividieran entre ellos, por partes iguales, sus respectivos caudales hereditarios, como lo dicen expresamente en sus

testamentos, una vez excluida la eficacia de la partición que el señor S. F. hizo respecto de unos bienes que no consta fueran de su propiedad, y apareciendo que la partición hecha por el Contador dirimente se ha ajustado estrictamente a la voluntad de ambos testadores, al dividir sus caudales hereditarios, por partes iguales, entre sus diez hijos, e incluso ha tenido en cuenta el deseo expresado por el señor S. F. en su testamento de que la Casa grande fuera adjudicada a su hija doña Clara (los hijos doña Inmaculada y don Remigio han renunciado a las adjudicaciones que a ellos les hizo), si bien la expresada doña Clara habrá de abonar, como en la partición se dice, a algunos de sus hermanos y coherederos, en la proporción correspondiente, el exceso entre el valor de dicha casa y la cuota hereditaria que le corresponde, procede desestimar la demanda formulada por doña Clara S. C., por la que impugnaba la partición realizada por el Contador dirimente, don Manuel B. M., en el juicio de testamentaria a que este recurso se refiere, cuya partición se aprueba y mantiene subsistente en todos sus términos, sin que haya lugar a hacer expresa imposición de las costas de ninguna de las instancias, ni de las de este recurso, y debiendo devolverse a los recurrentes el depósito constituido.

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 8 marzo 1989.

Jurisdicción: Civil

Resumen: HERENCIA: Acción de complemento de legítima: necesidad de operaciones particionales previas; Partición: no lo es la adjudicación parcial realizada por el causante: practicada por contador-partidor nombrado en el testamento equivalente a la del propio testador.

Ponente: Sr. D. Francisco Morales Morales

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los presupuestos fácticos que ineludiblemente han de ser tenidos en cuenta para la adecuada resolución del presente recurso son los siguientes: **1.º** Don Alvaro de la F. R., de estado casado con doña Servanda D. F., falleció el día 12 de agosto de 1975, habiendo otorgado su último y válido testamento abierto en 24 de octubre de 1970, bajo la fe del Notario de Grado (Asturias), don Félix-Cristóbal J. L., en el que, para lo que aquí interesa, dispone lo siguiente: a) Declara que de su matrimonio con doña Servanda D. F. tiene siete hijos, llamados Julia-Rosa, María-Teresa, Angeles, Marina, Manuela, Víctor-Manuel y Enrique de la F. D. b) Lega a su esposa el usufructo vitalicio de la totalidad de su herencia y prohíbe a los hijos o descendientes pedir la división de la herencia en vida de la esposa del testador, disponiendo que el que no respete esta orden sea privado de todo cuanto pueda corresponderle con cargo a los tercios de mejora y libre disposición (cláusula tercera). c) Instituye herederos a sus siete expresados hijos y si alguno de éstos le premuere lo sustituye por su descendencia. d) Conforme al artículo 1056 del Código Civil, hace adjudicación de parte de sus bienes entre sus siete

hijos en la forma que se expresa en dicho testamento, disponiendo que si hay excesos en tales adjudicaciones se imputen a los tercios de mejora o de libre disposición. e) Los restantes bienes, o sea, los no adjudicados directamente por el testador, dispone que se repartan por partes iguales entre sus siete aludidos hijos. f) Prohíbe la intervención judicial en su testamentaría, bajo la sanción ordenada en la cláusula tercera al heredero que la promueva y para que tenga efecto tal prohibición nombra albaceas contadores-partidores, con carácter solidario, a su hermano y sobrino políticos don Enrique D. F. y don Oscar D., a los que faculta para entregar legados, liquidar la sociedad conyugal o cualquier otra y prorroga el plazo de ejercicio de sus funciones hasta seis años después del fallecimiento del testador o de su esposa. 2.º Doña Servanda D. F., en estado de viuda de don Alvaro de la F. R., falleció el día 24 de marzo de 1984, habiendo otorgado su último y válido testamento abierto el día 3 de agosto de 1978, bajo la fe del Notario de Grado (Asturias) don José P. M., en el que, para lo que aquí interesa, dispone lo siguiente: a) Declara que de su matrimonio con don Alvaro de la F. R. viven cinco hijos llamados María-Teresa, Angeles, Marina, Manuela y Enrique de la F. D. y le premurieron otros dos hijos llamados Julia-Rosa de la F. D. (que de su matrimonio con don José-María F. dejó, a su vez, dos hijos, nietos por tanto de la testadora y llamados María-Teresa y José F. de la F.) y Víctor-Manuel de la F. D. (que de su matrimonio con doña María-Angeles G. dejó, a su vez, un hijo, nieto de la testadora, llamado Manuel-Alvaro de la F. G.). b) Instituye herederos a sus cinco expresados hijos y a sus tres aludidos nietos, heredando los hijos por derecho propio y por cabezas, y los nietos por estirpes en representación de sus fallecidos padres. c) Conforme al artículo 1056 del Código Civil, hace adjudicación de sus bienes entre sus cinco hijos y sus tres nietos en la forma que se expresa en dicho testamento, disponiendo que si hay excesos a favor de alguno o algunos de los herederos éstos se imputen a los tercios de mejora o de libre disposición. d) Prohíbe la intervención judicial en su testamentaría, ordenando a

sus herederos que respeten su voluntad y dispone que para el caso de que alguno o algunos de ellos no lo hiciera se reduzca su participación a la legítima estricta acreciendo el resto al heredero o herederos conformes. e) Nombra albaceas-contadores-partidores, con carácter solidario, prorrogándoles el plazo legal por seis años más a don Manuel F. A. y a su sobrino carnal don Oscar D. 3.º Además de los bienes distribuidos por los referidos testadores en sus respectivos testamentos, forman parte de los caudales hereditarios de los mismos otros bienes, al parecer con carácter de gananciales, cuales son: ciento veintisiete acciones de Hidroeléctrica del Cantábrico; veinte obligaciones de Hidroeléctrica del Cantábrico, amortizadas después del fallecimiento de don Alvaro de la F. R. y trescientas treinta mil doscientas sesenta y cinco pesetas en dinero efectivo.

SEGUNDO.- Sobre la base exclusivamente de los expresados antecedentes fácticos y sin que hubieran tenido la más mínima intervención los contadores-partidores designados con carácter solidario por los testadores y, por tanto, sin que se hubiera practicado por ellos operación particional alguna, previa la necesaria liquidación de la sociedad conyugal, no obstante la expresa voluntad de dichos causantes, los hijos de los mismos, llamados doña Angeles, doña Marina, don Manuel y don Enrique de la F. D. y los nietos doña María-Teresa y don José-María F. de la F. y don Manuel-Alvaro de la F. G., promovieron directamente el proceso (juicio de menor cuantía) del que este recurso dimana, contra su hermana y tía, respectivamente, doña María-Teresa de la F. D., en el que por medio de una confusa demanda, y diciendo ejercitar, según parece desprenderse de ella, acciones en petición de complemento de legítima, previa adición a la partición practicada por los causantes de los bienes no tenidos en cuenta por ellos, y, subsidiariamente, de práctica de una nueva partición y de rescisión por lesión de la practicada por los causantes, postularon textualmente que se dictara sentencia por la que se declare: «1.º Que los bienes que constituyen el haber de las herencias de los causantes don Alvaro de la F. R. y doña Servanda D. F. son los

relacionados en los hechos segundo -bienes distribuidos por los causantes en sus testamentos- y tercero -bienes que se adicionan (sic)- de esta demanda. 2.º Que la parte legítima correspondiente a cada heredero o estirpe de descendientes es un veintiunavo y en conjunto para los reclamantes -excluida la mejorada- de seis veintiunavos del activo hereditario. 3.º El derecho de los reclamantes: Al complemento de su legítima, que cifra provisoria y globalmente para las dos herencias referidas con la cantidad de 4.100.000 pesetas, sin perjuicio de lo que resulte en prueba. A la parte de legítima de los bienes adicionales (sic) de las herencias, cuya cuantía se determinará en prueba. Todo lo que les será abonado en dinero por la demandada con los intereses computados en la forma señalada por el artículo 927 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil y subsidiariamente que se proceda a nueva partición, que se llevará a efecto en ejecución de sentencia, por los contadores-partidores, si sus facultades están vigentes y en otro caso con el concurso de todos los partícipes en las herencias y en las que se harán las adjudicaciones procedentes para cubrir los haberes legitimarios. 4.º Subsidiariamente de lo anterior y ya por ejercicio de la acción de rescisión por lesión, se declaren rescindidas o ineficaces las particiones de los causantes referidos, por lesión de la legítima en la cuantía indicada y que se proceda a nueva partición en vía de ejecución de sentencia, en la que se adjudiquen bienes a los reclamantes para cubrir íntegramente su legítima, a no ser que la demandada opte por satisfacer en metálico el importe de la lesión y de la parte legítima en los bienes adicionales (sic), que resulten de la prueba, con más los intereses en la forma indicada». En el expresado proceso recayó sentencia del Juez de Primera Instancia, por la que, estimando la excepción de inadecuación del procedimiento, aducida por la demandada, y sin examinar el fondo del asunto absolvió libremente a dicha demandada. En grado de apelación, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Oviedo dictó sentencia, por la que revocando totalmente la sentencia de primer grado y estimando parcialmente la demanda, declaró «que las

adjudicaciones de los bienes hechas a los actores en la partición realizada en los testamentos de sus padres y abuelos dejan sin cubrir la legítima estricta de éstos en la suma de cuatro millones cien mil pesetas, cuya cantidad deberá ser completada por la demandada, quien entregará, además, a los demandantes los bienes inmuebles que en dichos testamentos se les adjudican; absolviendo a ésta del resto de las pretensiones sin perjuicio de la partición adicional respecto de los bienes no comprendidos en los testamentos particionales».

TERCERO.- Contra la expresada sentencia de la Audiencia interponen sendos recursos de casación, por un lado los demandantes, cuyo recurso lo articulan a través de un motivo, y por otro, la demandada, que lo hace por medio de cuatro. Como el de los demandantes se refiere a un extremo muy puntual y concreto (cual es el no hacer también la sentencia recurrida, como los recurrentes entienden debía haber hecho, pronunciamiento expreso acerca de la condena a la demandada al pago de los intereses a que se refiere el párrafo cuarto del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), razones de estricta técnica casacional imponen que el estudio del mismo, si procede, se haga con posterioridad al interpuesto por la demandada con el que pretende la casación y anulación total de la sentencia recurrida, ya que si éste hubiera de ser estimado, ello habría de llevar lógica e inexorablemente aparejado, sin necesidad de su estudio, el decaimiento de aquél.

CUARTO.- De los cuatro motivos a través de los cuales la demandada doña María-Teresa de la F. D. articula su recurso los que verdaderamente afectan al núcleo esencial de la cuestión litigiosa debatida y que, en esencia, se reduce a determinar si cabe la posibilidad de ejercicio por uno o varios herederos forzosos de la acción de complemento de legítima antes de haberse practicado la partición del caudal hereditario y, por tanto, antes de conocerse a cuánto asciende el importe de la legítima estricta correspondiente a cada heredero, son los motivos segundo y tercero, ambos incardinados en el cauce procesal del ordinal quinto del

artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, por ello, han de ser estudiados en primer lugar y, además, en forma conjunta, dada la íntima conexión existente entre ellos y por los cuales la recurrente denuncia «infracción del artículo 818 en relación con el 657 del Código Civil» (en el segundo) e «infracción por aplicación indebida del artículo 1079 del Código Civil en relación con los 1056, 1057 y 818 del mismo Cuerpo legal» (en el tercero). Los dos expresados motivos han de ser estimados por las consideraciones siguientes: primera, porque **no es ontológica, ni jurídicamente, posible pedir el complemento de legítima, conforme al artículo 815 del Código Civil, que es la única acción que ha sido estimada por la sentencia recurrida** (el pronunciamiento desestimatorio de todas las demás ejercitadas -entre ellas la de rescisión de la partición por lesión- no ha sido recurrido), **supuesta la existencia de mejoras, sin antes conocer el montante del «quantum» o valor pecuniario que, por legítima estricta, corresponda a cada uno de los herederos forzosos en la herencia de que se trate, para cuyo conocimiento o fijación han de tenerse en cuenta todos los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, salvo las impuestas en el testamento, según prescribe el artículo 818 del citado Código, lo que presupone la práctica de las pertinentes operaciones particionales;** segunda, porque, aparte de que aquí se trata de dos herencias distintas, que no permiten el tratamiento unitario, englobado y simplista que han pretendido darle los actores y que ha aceptado la sentencia recurrida, de lo que más adelante nos ocuparemos, **cuando un testador, diciendo hacer uso de la facultad que le confiere el artículo 1056 del Código Civil, se limita en su testamento a adjudicar algunos de sus bienes a sus herederos forzosos, a los que atribuye por partes iguales el remanente de los demás bienes no adjudicados, y reserva la práctica, de las operaciones particionales para que la realicen los contadores-partidores por él nombrados expresamente, tales adjudicaciones, aunque siempre respetables**

dentro de los límites legales, no pueden conceptuarse como una partición, a los efectos prevenidos en el citado precepto, como tiene declarado esta Sala - Sentencias de 9 de marzo de 1961 (RJ 1961\945); 25 de enero de 1971 (RJ 1971\288; 15 de febrero de 1988 (RJ 1988\1987)-, siendo éste el supuesto que nos ocupa, en que los dos testadores (padre y madre de los aquí litigantes), después de adjudicar, en sus respectivos testamentos, algunos de sus bienes (casi todos ellos gananciales), en distinta proporción, a sus hijos, y disponer que si hay excesos a favor de alguno o algunos de los herederos se imputen a los tercios de mejora o de libre disposición y que el remanente de sus bienes (o sea, los no adjudicados) se distribuya entre todos ellos por partes iguales, nombran dos contadores -partidores, con carácter solidario, y después de manifestar su expresa prohibición de toda intervención judicial en sus respectivas testamentarias, con sanción para el heredero que la incumpla de quedar reducida su participación a la legítima estricta, prorrogan a dichos contadores-partidores el plazo para el ejercicio de sus funciones hasta seis años después de la muerte del último de dichos testadores (que fue la madre, que falleció el 24 de marzo de 1984), todo lo cual entraña que, según expresa voluntad de dichos causantes, manifestada en sus respectivos testamentos, que son la ley fundamental de la sucesión, los nombrados contadores-partidores, si no rechazan el cargo (de lo que no hay constancia alguna en autos), serán los que habrán de practicar, dentro del plazo concedido, las correspondientes operaciones particionales, que equivalen a las practicadas por los propios testadores -Sentencias de esta Sala de 17 de abril de 1943 (RJ 1943\418), 25 de abril de 1963 (RJ 1963\1996), 18 de febrero de 1987 (RJ 1987\715)- y sólo entonces (o, en otro caso, a través del correspondiente juicio de testamentaría) será cuando podrá saberse si alguno o algunos de los herederos individualmente considerados, no en la forma indiscriminada y global en que lo hacen los actores, ha percibido menos de lo que le corresponde por legítima estricta; tercera, porque al existir dos herencias distintas (las del padre y de la madre de los aquí litigantes)

no es posible tratar de mezclar y englobar las dos para, teniendo en cuenta solamente las adjudicaciones hechas en los dos testamentos, sin considerar el remanente de lo no adjudicado concretamente a ninguno, y sumando indiscriminadamente lo adjudicado a todos los herederos, menos la demandada, pretender obtener la conclusión de que a todos ellos (los demandantes) se les ha atribuido menos valor de lo que a cada uno corresponde por legítima estricta, cuando una elemental técnica jurídica exige que, después de practicarse la liquidación de la sociedad de gananciales, que tampoco aparece haber sido realizada en el presente supuesto, los contadores-partidores nombrados expresamente para ello por los testadores, si aceptan el cargo -acerca de lo cual no aparece nada en los autos- (o, en otro caso, acudiéndose al correspondiente juicio de testamentaría) practiquen la partición, por separado, de cada una de las referidas herencias, como único medio de poder conocer el importe o valor de lo que, por legítima estricta, ha de corresponder en cada una de ellas a cada heredero, y sólo entonces podrá saberse si los bienes que le han sido adjudicados en cada uno de los referidos testamentos (que, lógicamente, no son iguales para todos, ni en las mismas proporciones), incrementados con la parte que les corresponda en el remanente de los bienes no adjudicados, alcanza o no el expresado límite mínimo de la legítima estricta, siendo entonces cuando el heredero o herederos, individualmente considerados, que se estimen perjudicados (no todos ellos indiscriminadamente, como han hecho los demandantes en este proceso, al reclamar, sin distinción alguna, a la demandada, cuatro millones cien mil pesetas por el concepto de complemento de legítima) podrán ejercitar la acción de que se crean asistidos. Al no haberlo entendido así la sentencia recurrida es evidente que ha infringido los artículos 818, 1056 y 1057 del Código Civil, lo que ha de comportar, como ya se ha dicho, el éxito de los motivos examinados, haciendo ello innecesario el estudio de los otros dos de la misma recurrente, por los que, con apoyo procesal en el ordinal cuarto denuncia error en la apreciación de la

prueba, así como el del único motivo a través del cual los demandantes han articulado su recurso, pues por referirse el mismo, como ya se ha dicho, a un extremo muy puntual y concreto (el relativo a no haber hecho la sentencia recurrida, en su fallo, condena expresa a la demandada al pago de los intereses a que se refiere el párrafo cuarto del artículo 921 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) su posible estimación presuponía necesaria e inexcusablemente la desestimación del recurso de la demandada, que aquí no ha ocurrido.

QUINTO.- El acogimiento de los motivos segundo y tercero del recurso interpuesto por doña María-Teresa de la F. D., ha de llevar aparejada con la estimación de dicho recurso y la desestimación del interpuesto por doña Angeles, doña Marina, doña Manuela y don Enrique de la F. D. y doña María-Teresa y don José-María F. de la F. y don Manuel-Alvaro de la F. G., la casación de la sentencia recurrida y la confirmación del fallo de la de primera instancia; debiendo, por precepto imperativo de los artículos 523 y 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, imponer las costas de ambas instancias a los que en la primera fueron demandantes y en la segunda apelantes, sin que haya lugar a hacer expresa imposición de las costas de este recurso, en cuanto a las causadas con el interpuesto por doña María-Teresa de la F. D., y con expresa imposición a doña Angeles, doña Marina, doña Manuela y don Enrique de la F. D. y doña María-Teresa y don José-María F. de la F. y don Manuel-Alvaro de la F. G. de las causadas con el recurso por ellos interpuesto; sin que haya lugar a acordar devolución, ni pérdida de depósito, al no haber sido los mismos constituidos, por no ser las sentencias de la instancia conformes de toda conformidad.

Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 20 noviembre 1990.

Jurisdicción: Civil

Resumen: HERENCIA: legítima: intangibilidad: partición: doctrina general: prevalencia de las cuotas partes del caudal relicto sobre las de las adjudicaciones de bienes específicos: diferencias en metálico: respecto a la voluntad particional del testador sin perjudicar las legítimas ni las cuotas de valor. DOCUMENTOS PUBLICOS: valor probatorio: apreciación conjunta de la prueba. RECURSO DE CASACION. ERROR EN LA APRECIACION DE LA PRUEBA: por intentar sustituir el criterio de juzgador por el del recurrente.

Ponente: Sr. D. Matías Malpica González-Elipe

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Con ocasión del cuaderno particional confeccionado por el albacea-contador partidor don Agustín V. R., el cuatro de enero de 1984 y protocolizado en la Notaría del Sr. G. C., de los bienes relictos al óbito de don Eugenio R. C. acaecido el seis de marzo de 1983 y con testamento vigente de diez de octubre de 1978, se hicieron adjudicaciones de lotes de bienes que fueron impugnados judicialmente por la hija y heredera doña M.^a del Carmen R. G. por entender se había producido lesión de sus derechos por omisión de bienes muebles en el inventario e infravaloración de los bienes inmuebles que sustancialmente fue estimado por la sentencia de primer grado y en lo esencial confirmado por la de apelación; por ello, la demandada doña Mercedes y el albacea don Agustín V. promueven el presente recurso de casación basados en dos motivos.

SEGUNDO.- El primero de ellos al amparo del n.º 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil denuncia el error de hecho en que supuestamente incurre la sentencia combatida, y para ello, con señalamiento de los recibos o cartas de pago giradas por Hacienda por el impuesto de Sucesiones a cada uno de los herederos y el plano del Plan parcial de Reforma Interior del Ensanche en que se halla incluido el inmueble de la calle Pilar de Zaragoza, n.º 51, pretende la parte recurrente acreditar respectivamente, con los tres primeros, que la valoración efectuada en el cuaderno particional es el más objetivo porque la misma Hacienda Pública sólo la ha rectificado con un 15, 522% de incremento y con el Plano, que la valoración llevada a cabo por los peritos judiciales no ha tenido en cuenta que el retranqueo del edificio en tal Plan Parcial supone una pérdida de superficie de terreno de 140 metros cuadrados, de los 276 metros cuadrados computados en los informes periciales. **El motivo fracasa en razón a las siguientes consideraciones:** a) **La conclusión fáctica expuesta por los juzgadores de instancia sobre el particular se obtiene previa una apreciación de conjunto de todo el material probatorio contenido en las actuaciones, entre ellos el Índice de valores dado por la Gerencia Municipal de Urbanismo de Madrid, que por ser documento público también no puede verse eficazmente contrarrestado por los de la Hacienda Pública, tanto más cuanto que según el razonamiento de la Sala de Instancia la pericia y, por tanto, esos Índices en los que se apoya tal prueba pericial están más próximos a los valores reales que no son otros que los del mercado inmobiliario a la fecha de defunción del causante, y pretender lo contrario sin ningún otro respaldo probatorio inequívoco implica una mera apreciación subjetiva de la recurrente con ánimo de hacerlo prevalecer sobre la tesis del juzgador que por razones de imparcialidad y objetividad ha de primar sobre aquélla y de ahí que tal pretensión esté proscrita en esta clase de recursos extraordinarios; y b) En lo concerniente a la afección por el Plan Parcial de Reforma Interior del**

Ensanche no se modifica la valoración de la casa n.º 51 de la calle Pilar de Zaragoza en la forma propugnada por la recurrente, es decir que con la minoración que representa de la misma tal afección no implica compensación de la lesión de las legítimas y de la mejora de la parte actora por la potísima razón, de que refiriéndose al solar solamente puesto que en tanto no se derribe el edificio, no ha lugar al retranqueo que comporta la reforma del Plan, y en una superficie de 140 metros cuadrados, supone la referida minoración el producto de multiplicar la indicada extensión por 61.600 pesetas del valor unitario, que arroja un total de 862.400 pesetas respecto del valor total comprobado en autos de 17.001.600 pesetas, que no compensa suficientemente, como se dice, la lesión sufrida por las legítimas y la mejora de la demandante, debiéndose tener en cuenta, que no cabe mengua del valor del edificio o vuelo por la modificación del Plan por cuanto no se hará efectiva la reforma urbanística mientras el edificio no sea demolido según se ha dicho y claro es que una vez demolido al carecer de valor como tal, no cabe aplicarle ningún sustraendo.

TERCERO.- El segundo motivo por el cauce del n.º 5.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la infracción del art. 1056-1.º del Código Civil por errónea interpretación, en relación con los arts. 1075 y 1057 del mismo Cuerpo legal. El alegato del motivo va enderezado a constatar que la voluntad del causante en punto a las adjudicaciones específicas prima sobre toda otra consideración por ser el mejor conocedor del valor de cada uno de los bienes adjudicados en la partición verificada por él y de las circunstancias de sus herederos. Tampoco puede prosperar el motivo porque tanto el art. 1056 como el art. 1075 y el art. 1057 parten del principio de intangibilidad de las legítimas, incluso contra la voluntad del testador que para, en su caso, tiene a su disposición el instrumento de la desheredación (arts. 848 a 857 del Código Civil), de aquí como es obvio, no ha lugar a considerar; pero es que el

testador, no pudiendo conocer el aprecio real de sus bienes y derechos a la hora de su deceso y los que existan en tal momento (art. 657 del Código Civil), no puede a pesar de las disposiciones de los preceptos que se dicen conculcados, soslayar la referida intangibilidad de las legítimas (art. 806 del mismo Cuerpo legal) que no puede eludirse por vía de la partición realizada por el «de cuius» y menos aún por el albacea como mandatario «post mortem» y executor de su voluntad y tanto es así que no sólo sirve de parámetro delimitador de la eficacia de esas dos clases o formas de realizar las particiones el respeto a la cuota legitimaria, sino también la de la propia voluntad del testador cuando pueda deducirse auténticamente en la interpretación conjunta, sistemática y teleológica del testamento, como en este caso (cláusulas 3.^a y 4.^a) en que se manifiesta esa voluntad reiterativa de conceder a doña Mercedes una tercera parte del tercio de la herencia por vía de legítima; la mitad de otro tercio con carácter de mejora y otro tercio total como de libre disposición; a doña Carmen el tercio de legítima y la mitad del tercio de mejora y a don Eugenio solamente el tercio de la legítima estricta, tanto en los bienes que en el momento de otorgar su disposición de última voluntad y partición como en los demás bienes que pudieran existir a su defunción, con lo que quiere decirse que, sobretodo da una prevalencia a la asignación «ad valorem», es decir, a las cuotas-partes del caudal relicto sobre las de las adjudicaciones de bienes específicos al no poder coincidir las adjudicaciones por él verificadas de bienes concretos con los resultados de los valores reales de los mismos, por lo que si bien han de respetarse éstas en lo posible, habrá que hacer las deducciones en más o menos -correcciones en el valor real de los bienes adjudicados- para de esta forma cumplir la voluntad particional del testador sin perjudicar ni las legítimas, ni tampoco las cuotas de valor, instrumentadas en cada uno de los tres tercios, percibiendo las diferencias en metálico los demás herederos y buena prueba de que es esa la

interpretación más correcta, es que así también lo entendió el albacea hoy recurrente, según consta en el cuaderno particional Base 7.^a último y penúltimo párrafos (folio 17 vuelto). Por todo ello es de desestimar el motivo.

CUARTO.- Rechazados los dos motivos se desestima el recurso con imposición de costas a la recurrente (art. 1715 «in fine» Ley de Enjuiciamiento Civil).

Sentencia Tribunal Supremo núm. 36/1994 (Sala de lo Civil), de 4 febrero.
Recurso núm. 1079/1991.

Jurisdicción: Civil

Resumen: SUCESION HEREDITARIA: PARTICION POR EL TESTADOR: existencia: distribución definitiva y directa de la totalidad del caudal patrimonial entre los herederos con precisión del destino de cada bien: efectos: vinculación de los herederos a ella: escritura de manifestación de herencia contradictoria con el testamento: ineficacia: procedencia: imprescriptibilidad. RENUNCIA DE DERECHOS: doctrina general: requisitos: inexistencia. RECURSO DE CASACION: INFRACCION DE NORMAS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO: desestimación por plantear cuestiones nuevas.

Ponente: Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los antecedentes fácticos del litigio vienen a consistir en que doña Josefa-María A. S. -fallecida el 7 de junio de 1973-, a medio de testamento de 28 de marzo de 1972 hizo la distribución de todos los bienes de su propiedad entre sus dos únicos hijos, como universales herederos, la actora del pleito doña María-Dolores A. A. y el recurrente, su hermano, don Manuel A. A., otorgando, entre otros, a la primera «La casa señalada con el núm. 17 de la calle General Güel de Cervera», en la que vive actualmente la testadora. Se incluirá en su caso el huerto o jardín que en la parte posterior de esta finca es colindante con la casa adjudicada

a su hijo Manuel», al que se le asignó la casa en la referida calle, en la que hay una imprenta y corresponde actualmente al núm. 21.

Dichos litigantes otorgaron en fecha 3 de agosto de 1973 escritura pública de manifestación de herencia y a medio de la misma se reflejó la adjudicación al recurrente de «casa con huerto o jardín anexo, no pudiendo determinar ni aproximadamente la superficie de la casa» (finca registral núm. 2955). A doña María-Dolores A. A. se le adjudica «casa sita en Cervera, calle General Güel 17» (finca registral núm. 1549).

La disputa procesal surge, en su primera contradicción, respecto a la determinación la titularidad definitiva del huerto o jardín anexo a las casas, hecho referencia, en cuanto la actora postula su segregación e incorporación a la casa que su madre le había transmitido.

El primer motivo, por la vía del núm. 5.º del artículo Procesal 1692, plantea inaplicación del precepto 927 del Código Civil en relación al 256.2 de la Compilación de Derecho Civil Foral de Cataluña de 21 julio 1960 (RCL 1960\1034 y NDL 4575), por cuanto se acusa y critica casacionalmente al Tribunal de la instancia, al no haber tenido en cuenta que la escritura de 3 de agosto de 1973 supone una efectiva aceptación de herencia, con las consecuencias de su irrevocabilidad.

Conviene hacer constar pronto que en dicha escritura **lo que otorgan los contendientes procesales es efectiva aceptada manifestación de la herencia de su madre y bien clara y expresamente se hace constar que se llevan a cabo las adjudicaciones de los bienes «de la causante en la forma determinada en su testamento»**, lo que evidentemente no se cumplió, pues se produjo desviación efectiva al atribuir a don Manuel A. el huerto controvertido, en razón a haber

atendido el fedatario público a las inscripciones registrales de las fincas, sin que hubiera mediado pacto modificativo alguno, reflejado en dicho instrumento notarial sobre el cambio de destino dominical que la testadora había dispuesto respecto a la titularidad del jardín.

La sentencia recurrida priva de eficacia al documento, por darse acreditado error en la manifestación de herencia y así ha de ser mantenido. **El documento de 3 de agosto de 1973 no contiene una efectiva partición hereditaria que obligue contractualmente a los interesados y menos renuncia de los derechos de la recurrida respecto al huerto a favor de su hermano, toda vez que la misma debe cumplir las exigencias del artículo 1008 del Código Civil** y ha de ser expresa, clara y contundente, sin dejar resquicios de duda, de indeterminación o condicionalmente alguno o, con manifestación indiscutible de criterio determinante de la misma y revelación expresa o tácita, conforme doctrina reiterada de esta Sala [Sentencias de 3 junio, 28 y 31 octubre y 5 diciembre 1991 (RJ 1991\4636, RJ 1991\7872, RJ 1991\7879 y RJ 1991\8919), 6 y 14 febrero y 3 abril 1992 (RJ 1992\831, RJ 1992\1268 y RJ 1992\4475) y 12 mayo 1993 (RJ 1993\3541)]. Incluso el mero transcurso del tiempo, vigente la acción, no es suficiente para deducir una conformidad que entrañaría renuncia, nunca presumible [Sentencias de 3 marzo 1986 (RJ 1986\1094), 25 abril 1986 (RJ 1986\2002), 15 octubre 1986 (RJ 1986\5791), 16 octubre 1987 (RJ 1987\7292) y 5 marzo 1991 (RJ 1991\1718)].

El motivo ha de ser rechazado, ya que **el precepto 997 del Código Civil deja a salvo la impugnación de la aceptación de herencia si adoleciera de vicios que hagan nulo e ineficaz el consentimiento, lo que la sentencia que se revisa decretó por concurrencia de error sustancial** acreditado que accede firme y sin perjuicio de lo que se analizara seguidamente.

El precepto civil dicho contempla otro aspecto general y común a la aceptación y repudiación de herencia, al representar efectivos y vinculantes negocios jurídicos como presupuesto de aplicación de la norma civil, para evitar las situaciones de temporalidad en los herederos y que no obstante su carácter no receptivo, han de asimilarse a los contratos y regirse por su normativa general. No es el caso de autos, conforme a lo que se deja expuesto, pues

lo que los litigantes pretendieron llevar a cabo y así lo hicieron constar, fue dar cumplimiento exacto a la voluntad sucesoria de la causante, con sometimiento y sin alteración expresa convencional alguna a lo que aquélla hizo constar en su disposición de última voluntad.

SEGUNDO.- El motivo segundo alega infracción, por interpretación errónea del artículo 1301, al no haber tenido en cuenta la Sala sentenciadora el plazo prescriptivo de cuatro años, en relación al error que alega haber padecido la recurrida en el momento de otorgamiento de la escritura de aceptación de herencia de 3 de agosto de 1973.

La sentencia combatida rechazó la aplicación del precepto, al declarar que el referido documento público no respondió más que a una actuación puramente coyuntural de los herederos, que nunca desconocieron cuál fue la voluntad real de su madre, por lo que no procede la prescripción opuesta, «pues desde un primer momento las partes eran conscientes de lo que realmente había dispuesto su ascendencia común».

El más adecuado estudio de la impugnación impone efectuarlo en conjunción con la aportada como quinta, que residenciada también en el ordinal cinco del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia aplicación indebida de los preceptos 667 y 675, en relación al 988 y 1056, todos ellos del Código Civil.

En este sentido esta Sala no puede compartir la postura dubitativa del Tribunal de Apelación en cuanto a la **dimensión jurídica del acto dispositivo testamentario** que otorgó en fecha 28 de marzo de 1972, la causante doña María-Josefa A. S. **Se trata de una efectiva partición llevada a cabo por la mencionada ascendiente, que el artículo 1056 del Código Civil autoriza realizar por medio de testamento, toda vez que no se hace distribución de cuotas hereditarias, sino más bien una disposición distributiva definitiva y directa de la totalidad del caudal patrimonial entre sus dos únicos hijos, con precisión del destino de cada uno de los bienes para después de su muerte.** Su raíz y fundamento hay que encontrarlo no sólo en la voluntad que así se manifiesta, sino también en el deseo que de esta manera expresó la testadora de evitar conflictos y enfrentamientos entre los sucesores designados.

La consecuencia de tal estado sucesorio es el mandato que contiene dicho precepto 1056 del Código Civil, en cuanto obliga a los herederos a pasar por ella. La norma se presenta como imperativa, lo que refuerza el artículo 1058 que señalaba prioridad de la partición testamentaria y que, consecuentemente, ha de ser respetada, salvo que suponga perjuicio a la legítima de los herederos forzosos (artículo 1075 del Código Civil).

Los sucesores no llevaron a cabo en la escritura de 3 de agosto de 1973 ninguna partición de bienes de su causante, pues ya la había efectuado en su testamento y quedaron de esta manera vinculados a la misma y así lo expresaron. Lo que más bien realizaron fue la cumplimentación práctica de la misma y para su plena y efectiva operatividad dominical, pues la partición testamentaria ya atribuyó a los mismos los bienes adjudicados y su adquisición «iure hereditario», con independencia de que se diera homogeneidad en los lotes que refiere el artículo 1061 del Código Civil.

En este caso los herederos han de conformarse y admitir los bienes que les fueron designados, aunque los mismos no presenten condiciones igualitarias plenas, al tener que acatar y pasar por la partición que les venía impuesta.

Ello no quiere decir que los herederos capaces estén privados de toda facultad de disposición, para sobrepasar la partición realizada por su causante y así lo ha reconocido en jurisprudencia de esta Sala [Sentencias de 28 enero 1964 (RJ 1964\392), 25 febrero 1966 (RJ 1966\852) y 5 marzo 1991 (RJ 1991\1718)] **conformando actos dispositivos, más bien que propios de partición, que exigen concierto preciso de voluntades, expreso y bien definido** en este sentido, al presentar naturaleza novatoria, **que no concurrió en el caso de autos; de ahí que no se pueda considerar la existencia de pacto contractual alguno, que haría factible la aplicación del plazo prescriptivo que contiene el artículo 1301 del Código Civil.**

La escritura de manifestación de herencia discutida resulta expresivamente **contradictoria con el testamento** y la modificación que se operó, al no mediar convenio expreso alguno entre los litigantes -sucesores-testamentarios-, **determina la afloración de una situación de error sustancial inexcusable y no contractual**, no cometido precisamente por la testadora, que desajusta y desvía claramente su voluntad testamentaria, en perjuicio notorio de la recurrida, que de esta manera se vería desposeída del huerto, a cuya titularidad legalmente accedió desde la muerte de su madre, ya que ésta expresamente así lo dispuso. Tal estado sujeta al recurrente, por lo que el huerto no perteneció nunca a su disponibilidad dominical por vía contractual, afectando al documento público mencionado **situación de ineficacia en este particular, pues contradice frontalmente la norma imperativa que contiene el artículo 1056 del Código Civil -«se pasará por ella»-**, con sujeción a los efectos del artículo 6.3, sin que quepa su subsunción por el transcurso del tiempo.

Los motivos se desestiman, sin que sea presupuesto necesario de casación, la no aceptación de fundamentaciones jurídicas de la Sala de la instancia y hayan de aplicarse otros argumentos legales diferentes, que no deciden el fallo en forma determinante y distinta.

TERCERO.- El motivo tres, con residencia en el apartado 5.º del artículo 1692 de la Ley Procesal Civil se basa en darse infracción de los artículos 1269, 1270 ó 1265 y 1266 en relación al 1261, todos ellos del Código Civil y por no aplicación de los mismos, al no decretar la sentencia en recurso la nulidad del documento de 1 de abril de 1983, que el recurrente había postulado a medio de reconvención.

Mediante dicho instrumento privado los litigantes convinieron, entre otros acuerdos, que el gallinero situado en la parte superior de la casa núm. 21 -del recurrente-, que la causante disfrutó e integró en la núm. 17, con acceso directo al mismo, quedara saneado de todo uso y disponibilidad por la recurrida, como propietaria del inmueble último, a cambio de diversas concesiones sobre cerramientos de huecos y limitaciones de alturas.

El referido documento, que admiten las partes, representa un efectivo negocio contractual, que vincula en sus propios términos a los litigantes que lo suscribieron. La sentencia combatida no apreció la concurrencia del consentimiento viciado en el que recurre, determinante del error que aduce, ya que, con independencia de la clara configuración material de los edificios y ubicación de dicho gallinero en el núm. 21, al demandado se le atribuye un completo conocimiento de la situación de los inmuebles, sin que hubiera llevado a cabo actividad probatoria suficiente y de convicción en tal sentido, por lo que **no se reputó situación de vicio en el consentimiento que prestó para la suscripción del documento mencionado y con incidencia decisiva para anular el negocio convenido.**

Según reiterada doctrina de esta Sala [Sentencia de 1 junio 1962 (RJ 1962\2619), 23 y 31 marzo 1966 (RJ 1966\1540 y RJ 1966\1999), 20 enero 1964 (RJ 1964\355), 7 abril 1976 (RJ 1976\1613), 16 abril y 7 junio 1986 (RJ 1986\1854 y RJ 1986\3296) y 22 diciembre 1992 (RJ 1992\10635)] **es misión exclusiva del Tribunal sentenciador tal apreciación**, por representar elementos fácticos dentro del proceso, cuya fijación compete a los órganos jurisdiccionales de la instancia, sin que pueda ser sustituida por el criterio particular del que recurre, ya que su revisión casacional sólo procedería por la vía del núm. 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Se desestima el motivo.

CUARTO.- Con residencia en el ordinal 3.º del artículo 1692 de la Ley de Procedimiento Civil, se denuncia situación de incongruencia decisoria, con infracción del artículo 359 de dicho Código Procesal, al aportarse que la sentencia de apelación estimó la demanda y estableció la segregación a favor de doña María-Dolores A. A. de la porción de terreno o huerto discutido, en la extensión concretada de 33,28 metros cuadrados, definido por los linderos que se establecen.

De esta manera la tesis del recurrente presenta el argumento de la existencia de dos huertos, para lo que lleva a cabo valoración particular de la prueba pericial, lo que no es procedente ni de recibo y, a su vez, supone el planteamiento de **cuestión nueva** que no hizo valer en el pleito, tanto en su contestación, como la oportunidad procesal que se le presentó al demandar reconventionalmente. **La doctrina reiterada de esta Sala rechaza las cuestiones nuevas en la casación, generadoras de indefensión y contradictorias de los principios básicos que rigen los procesos civiles.**

La sentencia atacada sólo contempla la situación de huerto único y nunca dividido y menos de dos coincidentes y colindantes, ciñéndose al marco fáctico de lo que constituye objeto litigioso. El motivo claudica y la escritura de segregación a otorgar ha de ajustarse a lo decidido en el fallo que, al adquirir firmeza judicial, se convierte en ley obligatoria para las partes, con exigencias de la correspondiente ejecución acomodada al mismo.

QUINTO.- La desestimación del recurso produce que las costas del mismo sean de cargo del litigante expresado que lo formalizó, conforme dispone el artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.