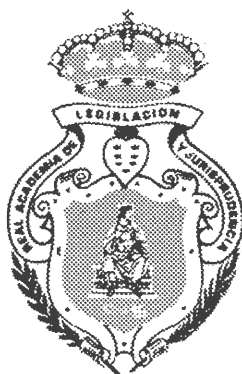


**SUCESIÓN “MORTIS CAUSA” EN LA EMPRESA
Y SUCESIÓN LEGITIMARIA
(NOTAS AL NUEVO ARTÍCULO 1056.II
DEL CÓDIGO CIVIL)**

*Discurso leído el día 25 de Junio de 2004,
en el acto de recepción como Académico de Número, por el*
EXCMO. SR. D. ANTONIO REVERTE NAVARRO,

y contestación del

EXCMO. SR. D. FRANCISCO MARTÍNEZ ESCRIBANO



MURCIA
2004

**SUCESIÓN “MORTIS CAUSA” EN LA EMPRESA
Y SUCESIÓN LEGITIMARIA
(NOTAS AL NUEVO ARTÍCULO 1056.II
DEL CÓDIGO CIVIL)**

**SUCESIÓN “MORTIS CAUSA” EN LA EMPRESA
Y SUCESIÓN LEGITIMARIA**
(NOTAS AL NUEVO ARTÍCULO 1056.II
DEL CÓDIGO CIVIL)

*Discurso leído el día 25 de Junio de 2004,
en el acto de recepción como Académico de Número, por el*
EXCMO. SR. D. ANTONIO REVERTE NAVARRO,

y contestación del

EXCMO. SR. D. FRANCISCO MARTÍNEZ ESCRIBANO



MURCIA
2004

Copyright © 2004, by Antonio Reverte Navarro
Edita: Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia
c/ Madre de Dios nº 2, 9º B. Tfno. 968 213 332
I.S.B.N.: 84-88551-81-09
Depósito Legal: MU-1.149-2004
Printed in Spain - Impreso en España
por Sucesores de Jorge Valls.

ÍNDICE

PALABRAS PREVIAS.....	9
CAPITULO PRELIMINAR. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA.....	13
a) Introducción.....	13
b) Consideraciones preliminares.....	23
CAPÍTULO PRIMERO. NATURALEZA DE LA LEGÍTIMA.....	27
I. La naturaleza jurídica de la legítima en la doctrina.....	27
a) El legitimario como heredero	28
b) La legítima como “pars bonorum”.....	30
c) La legítima como “pars valoris bonorum”.....	32
d) La legítima como simple derecho de crédito.....	33
II. Análisis crítico.....	34
a) Introducción.....	34
b) Legítima y título de heredero.....	36
c) La vocación a la legítima.....	38
d) Protección del legitimario frente a actos que dañan su derecho.....	41
e) La legitimación para instar el proceso de división de herencia.....	57
CAPÍTULO SEGUNDO: EL NUEVO ARTÍCULO 1056.II.....	63
I. Introducción.....	63
a) Antecedentes históricos.....	63
b) Proceso parlamentario de reforma.....	65
c) La nueva redacción del artículo 1271.II C.c.....	67
II. Relación del nuevo precepto con los artículos 841 y ss.....	68
III. Finalidad del precepto.....	69
IV. Presupuestos de hecho subjetivos del artículo 1056.....	71
a) En general.....	71
b) Título por el que los sujetos entran en la sucesión.....	75
V. Presupuestos de hecho objetivos del artículo 1056.....	79
VI. Presupuestos de hecho formales del artículo 1056. Forma de establecer la atribución.....	86
VII. Adquisición de la empresa por el adjudicatario.....	87
VIII. Determinación y pago de la deuda.....	89
IX. Garantías de los colegitimarios acreedores.....	100

X. Empresa en régimen de gananciales.....	106
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.....	113
CONTESTACIÓN DE DON FRANCISCO MARTÍNEZ ESCRIBANO.....	119

Excmo. Sr. Presidente.
Excmos. Srs. Académicos.
Excmos. e Ilmos. Srs.
Señoras y señores.
Compañeros y amigos.

Como decimos los juristas yo solo ostento ante esta Real Academia de Legislación y Jurisprudencia una “*vocación*”, un llamamiento, para formar parte de esta docta Entidad. La vocación se transformará en efectivo derecho cuando se realice la investidura con la lectura del discurso.

Pero, como se dice, lo primero es antes.

Y por ello mis sentimientos y mi razón me llevan a agradecer a los miembros de esta Real Academia el que hayan promovido por unanimidad mi nombramiento de Académico de número. Mi gratitud y mi reconocimiento me acompañaran en esta vida y, como dijo un poeta, al hablar del amor, incluso “hasta después de siempre”.

Solicito de la Real Academia su absolución por haber tardado en poder leer este discurso. La razón para ello puedo concretarla en la responsabilidad de dar lo mejor de mí. Pero el tiempo pasaba. El tiempo, muchas veces, se evapora innecesariamente al quedar atrapados en la cárcel que uno mismo se va construyendo con los afanes, obligaciones o quehaceres cotidianos que nos impide dedicarnos a las cosas que merecen la pena. Una de éstas: haber querido estar aquí bastante tiempo antes.

No puedo dejar de mencionar, pues de agradecido es ser bien nacido, a las personas que me han ayudado, estimulado y han sido referencia de mi actuar en el vivir y han enriquecido mi espíritu en la medida de ser lo que soy. Especialmente, a quien ha compartido conmigo más de treinta años de mi vida: Concha. También, las personas que no se encuentran ya entre nosotros, y a aquellas que todavía permanecen y, por ello, doy gracias: mi familia, mis padres, mis hermanos, y al resto de mi familia que han venido de fuera para estar conmigo. A los maestros que me enseñaron las categorías y los arquetipos del pensar jurídico: Manuel Batlle Vazquez, Juan Roca Juan, Manuel Albaladejo García o mi padre, Antonio

Reverte Moreno, que además me inculcó no sólo el sentido de la justicia sino también el del sentido común. Y, por supuesto, a aquellos pocos amigos, alguno por desgracia ya nos dejó, que saben y ejercitan el frágil valor de la lealtad, conocen y practican la fuerza de la ternura y de la sensibilidad y porque comprenden, que no justifican, mis errores, favoreciendo su enmienda.

Tampoco puedo dejar de dedicar un emocionado recuero al profesor Rodrigo Fernández Carvajal, al que sustituiré en la medalla de esta Real Academia.

Rodrigo y yo teníamos caracteres diferentes y, en ocasiones, divergentes. Pero sostengo públicamente que me enseñó con su ejemplo a valorar y querer, aún más, la Universidad. Era sabiduría de profesor universitario y servidor de las cosas pequeñas y grises como de las cosas y causas grandes. Todas eran importantes. Un hombre con criterio que supo enseñar con su ejemplo la sinceridad humana y el magisterio de su vasto conocimiento.

Deseo, con este motivo, resaltar lo pequeño que es nuestro mundo y unos sencillos recuerdos que tienen como hilo conductor a Don Rodrigo. Cuando en 1957 obtiene por oposición la plaza de catedrático de Derecho Político de la Universidad de Murcia, yo fui su alumno de la primera promoción. En 1986, el 14 de mayo, ingresó en ésta Academia de Legislación y Jurisprudencia con un discurso sobre la concepción del Derecho en uno de los grandes civilistas del siglo XX: Federico de Castro y Bravo, con el que algunas veces tuve la suerte y el gozo de disfrutar de su compañía y de su saber jurídico en Cabo Roig. Le contestó al discurso el profesor Roca Juan, persona de fina ironía y de profundo conocimiento del Derecho civil y de lo jurídico.

No quiero acabar este capítulo de agradecimientos y reconocimientos sin mencionar la disponibilidad y la cortesía que tuvo Francisco Martínez Escribano, cuando le dije que sería para mi un honor que fuera él quién me contestase. Existen para ello razones personales y familiares de muchos años atrás, pero también por el hecho de haber sabido llevar la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de la Región de Murcia, desde su fundación, con sabiduría y acierto.

Y por supuesto, agradecer a todos Vds. su asistencia y que hayan sacrificado unas horas de su tiempo de esta bella tarde del junio para poder estar aquí.

El tema elegido lleva por título “Sucesión *mortis causa* en la empresa y sucesión legitimaria. Notas al artículo 1056 al Código civil”. Por muy diversas razones personales, quería tratar un tema

que, aún incidentalmente, afectase a la empresa. Tenía una buena ocasión con la modificación de los artículos 1056, 1271 y 1406 del C.c. (que afecta a las legítimas, al llamado “contrato” sucesorio y a la “facultad de opción” del cónyuge en materia de gananciales) que introdujo la reciente Ley de Sociedad de Responsabilidad Limitada Nueva Empresa.

Paso a exponer una breve síntesis del mismo.

JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

a) Introducción.

La lectura de la reciente Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada de la Nueva Empresa¹, me planteó la duda del por qué el legislador aprovecha esta norma legal para modificar el Código Civil. Estudiando el precepto deduje que podía ser interesante trabajar sobre el mismo².

Nuestro legislador tuvo en cuenta las Recomendaciones Europeas sobre mejora y simplificación de la creación de estas empresas y sobre la continuidad y productividad de las mismas: hecho que obligaba a reconsiderar la naturaleza jurídica y el carácter de las legítimas, al menos desde el prisma del Derecho Común.

En la actualidad, como siempre, el mundo económico evoluciona vertiginosamente. La adaptación del mundo empresarial al devenir económico se tiene que hacer necesariamente como un evidente mecanismo de supervivencia. Las estructuras empresariales deben acomodarse a las nuevas realidades económicas. Sin embargo, el legislador no reacciona con la misma rapidez a fin de acomodar la realidad social al mundo de lo jurídico. Solo en algunos extremos, podríamos decir que con la Ley de Sociedad Limitada Nueva Empresa se ha intentado acompasar realidad económica y Derecho, pues con dicha Ley se pretende propiciar la creación de empleo, incrementar el tejido empresarial y, en su suma, la generación de un mayor beneficio económico y social

¹Esta Ley modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo de 1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Cfr. también: OM 30 mayo 2003 (BOE 31) que regula el procedimiento de asignación del código ID-CIRCE; OM 4 junio 2003 (BOE del 5) por la que se aprueban los Estatutos orientativos de la Sociedad Nueva Empresa; RD 682/2003, 7 de abril, por el que se regula el sistema de tramitación telemática; Instrucción DGRN de 30 de mayo (BOE 12 junio) en relación a la entrada en vigor de la Ley 7/2003.

²Esta Ley que trata un tema de sociedad mercantil reformará determinados artículos del Código Civil que, a mi entender, con imprecisión y sin técnica jurídica idónea, pretende alterar algún postulado sucesorio del Derecho Común.

para los ciudadanos, siguiendo las directrices que marca la Unión Europea.

Actualmente es un dato evidente, desde el prisma económico, la necesidad de amparar la creación de nuevas empresas e incorporar estas al mundo de las nuevas tecnologías, siendo esta incorporación uno de los grandes retos a los que se enfrenta la economía y empresa españolas del siglo XXI³

Desde la creación de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada en el año 1995 se ha seguido avanzando en el ámbito comunitario para flexibilizar al máximo este tipo de sociedades. En efecto, en 1997, la Comisión Europea presentó una Recomendación a los Estados Miembros sobre mejora y simplificación de los trámites para la creación de empresas; plasmándose en la creación de un Grupo Operativo para la simplificación del entorno empresarial y la aprobación de un plan de acción para promover el espíritu empresarial y la competitividad (Grupo y Plan BEST). Siguiendo con esta línea en 1999 se aprobó un "Plan de Acción para promover el espíritu empresarial y la competitividad". Más adelante, y en el contexto del denominado "espíritu" de Lisboa sobre el futuro económico y social de la Unión, se adoptó la "Carta Europea de la Pequeña Empresas", en el Consejo Europeo de Santa María de la Feira, en junio de 2000. La Carta de Feira constituye el marco político europeo de actuación a favor de las Pymes, siendo uno de sus objetivos el de simplificar y mejorar el marco administrativo y reglamentario de las empresas para favorecer su creación y su conservación. Línea de actuación que asumió el Parlamento Europeo, en febrero de 2002, y ratificaron la Conferencia de Ministros Europeos de Pyme, celebrada en Aranjuez, en las mismas fechas, y el Consejo Europeo de Barcelona, en marzo de ese mismo año 2002.

También merece destacarse las Conclusiones del Consejo de Europa, de 3 de marzo de 2003, sobre "Promoción del Espíritu Empresarial y de la Pequeña Empresa"⁴.

En este contexto y con la misma finalidad se promulga la Ley 7/2003, que crea la Sociedad Limitada Nueva Empresa. La Ley desarrolla el denominado "Proyecto Nueva Empresa" que tiene

³Así, GARCÍA DELGADO, Catedrático de Economía Española, en una conferencia organizada por el Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, el 22 abril 2004.

⁴DOUE C 64, 18 marzo 2003

por objeto estimular la creación de nuevas empresas, especialmente las de pequeña y mediana dimensión, al constituir éstas el eje central de la economía española y europea, y ser un factor esencial en la creación de empleo⁵.

La Ley 7/2003 responde esencialmente a dos objetivos. Por un lado, se encamina a fomentar el desarrollo del espíritu emprendedor, logrando, mediante la simplificación administrativa, que los trámites previos a la constitución de una Sociedad no sean un obstáculo a la iniciativa empresarial. Por otro lado, impulsa y facilita el crecimiento de las empresas familiares ya consolidadas mediante la incorporación de instrumentos tendentes a mitigar los problemas de financiación y de pérdida de control en estas empresas, especialmente en el ámbito de la sucesión por causa de muerte del empresario individual.

Para alcanzar estos objetivos se ha modificado, entre otros textos legales, el C.c. (art. 1056.2; 1271.2 y 1406-2º) que pretenden que la Nueva Empresa (normalmente, Empresa Familiar y Pymes) no se fraccione, resulte eficiente y su gestión resulte lo más eficaz posible en el entramado productivo a través de la modificación de las legítimas y la partición hereditaria.

Esencialmente, estas modificaciones van a permitir el pago en metálico de la legítima a aquellos herederos del empresario familiar que no vayan a sucederle en la empresa, si es necesario con efectivo extrahereditario y con la posibilidad de hacerlo de forma aplazada hasta un máximo de cinco años desde el fallecimiento del causante; también podrá satisfacerse la legítima por cualquier otro medio de extinción de las obligaciones (cfr. artículo 1156 C.c.: compensación, novación, etc.). Con ello, se materializa la facultad del testador de mantener la unidad del negocio familiar y favorecer su continuidad estableciendo como sucesor en la empresa a aquel que posea voluntad, cualidades y capacidad para ello, sin perjudicar con ello los derechos legitimarios del resto de herederos.

La modificación esencial se encuentra en el artículo 1056.2 (partición de la herencia hecha por el propio testador) en que se

⁵También tendrá por finalidad suprimir las barreras para los nuevos emprendedores, y por ello el Proyecto, y después la Ley, se fundamenta en tres elementos esenciales: el Centro de Información y Red de Creación de Empresas (Circe), el régimen jurídico de la Nueva Empresa (dicho régimen jurídico parte de una expresión simplificada de la Sociedad de Responsabilidad Limitada), el sistema de contabilidad simplificada y una modificación del Código Civil con la finalidad de ordenar y facilitar las relaciones entre los miembros de una familia y la sucesión en la unidad productiva.

amplia el supuesto de indivisión ordenada por el testador no sólo a una *explotación* económica sino también al *control* de una sociedad de capital o grupo de éstas. En ambos casos, el testador puede ordenar la indivisión y que la legítima de los demás interesados se pague en metálico.

Como es de sobra conocido, la pequeña y mediana empresa y la empresa familiar conforman la base de la economía y del tejido industrial de cualquier país, en concreto de España⁶, y más particularmente de la Región de Murcia. Pero también es un hecho noto que la mayoría de las pequeñas empresas familiares en España no pasan de la tercera generación. Las causas son complejas: desde la falta de suficiente espíritu o ambiente empresarial⁷ hasta la presión a veces asfixiante de las grandes empresas o de las multinacionales, pasando por la falta de apoyo suficiente de las Administraciones Públicas, en otros casos.

En el ámbito familiar, como en otros ámbitos sociales, la propiedad es la que determina las cuotas de poder; sin embargo, en muchos casos, la titularidad dominical y la persona encargada de

⁶En un estudio realizado por la Fundación BBVA en colaboración con varios docentes de las Universidades de Barcelona y Zaragoza se pone de manifiesto que las empresas familiares producen las 2/3 partes de la actividad económica nacional, lo que supone, a su vez, en que dan empleo a seis de cada diez trabajadores. Igualmente, en este estudio elaborado por los profesores GALVE y SALAS casi el 60% de las entidades españolas que han salido a Bolsa desde 1999 a 2003 son de origen familiar (predominando los sectores tradicionales: madera, muebles, textil, alimentación y transformación de metales).

⁷Se ha llegado a decir que la "cultura" empresarial solo podrá generarse cuando los mejores expedientes académicos universitarios se dediquen a la empresa y no a preparar oposiciones. ONTIVEROS, en la conferencia ante la Asamblea del Instituto Valenciano de Empresa Familiar (www.ifeva.com), en agosto de 2003, ha dicho que la diferencia más importante entre Estados Unidos y Europa a nivel de empresariado es "que los hijos más listos del empresariado estadounidense son los que se quedan a trabajar en la empresa de la familia, los que son un poco menos listos trabajan en otra empresa y los menos listos se van a la Administración Pública. La economía europea cambiará de verdad cuando los grandes talentos, en vez de oponerse se dediquen a crear empresas".

Es un dato estadísticamente comprobado que solo entre el 10% y el 13% de las empresas familiares superan la tercera generación, pues las empresas han de seguir generando nuevas estrategias, nuevas cualidades y colaboraciones y, no parece que el hecho de ser descendientes del fundador del "negocio" familiar sea el hecho más idóneo para llevar la empresa por el camino de la competitividad y la productividad. En términos prácticos ello significaría que habría que seleccionar al sucesor más competente, de dentro o fuera de la familia. Eso ha pretendido el artículo 1056.2 Código Civil al permitir al testador a realizar esta selección y a transformar la legítima en "pars valoris", al permitir pagarla con caudal extra-hereditario.

la explotación son incompatibles desde el punto de vista de la productividad. El hecho de que una persona ostente la titularidad dominical no significa que pueda necesariamente tener la capacidad profesional o los rasgos que caracterizan al buen empresario. El ejercicio del poder accionarial, en una sociedad de capitales, nada tiene que ver con el conocimiento de la empresa, ni con la formación económica adecuada para alcanzar los fines económicos deseados. En el terreno familiar es más evidente que exista algún familiar (o persona ajena a la familia) dedicado a la explotación y administración y otros familiares que podrían tener la tendría la titularidad dominical. Esta idea es la que en esencia subyace en los llamados “protocolos familiares” o mecanismos contractuales para establecer el régimen diferente de la explotación y de la propiedad.

Acaso, con la modificación del Código Civil introducida por la reciente Ley de Sociedades Limitadas Nueva Empresa se haya pretendido diferenciar la *propiedad* del *poder económico* derivado de la explotación, gestión y toma de decisiones empresariales. A los legitimarios no se les perjudica en el “quantum” legitimario, pero se les puede privar testamentariamente de la “propiedad empresarial”, aunque somos conscientes de la dificultad de separar con nitidez “propiedad” y “explotación” de la empresa, “dominio” y “poder económico” de la misma⁸.

Negocio, empresa, propiedad, poder económico, patrimonio familiar son conceptos que con la modificación del Código Civil se ha querido que sea el testador el que establezca la separación para así determinar lo “mejor” para la “empresa” familiar que se generó a través de un “negocio” familiar y que puede haberse transformado en un gran “patrimonio” familiar que solo puede permanecer con potencialidad empresarial a través de su disposición y partición testamentaria⁹.

A estos hechos socioeconómicos también contribuye a la desaparición de las Pymes o de las familiares empresas la ausencia de normas jurídicas que tiendan a protegerlas. El Derecho civil no puede permanecer, ni ha permanecido, ajeno a estas cuestiones y

⁸Resulta evidente que el poder económico de una gran empresa no lo ostenta el accionista sino aquel que la dirige y toma las decisiones ejecutivas.

⁹Una formula aceptable, a nuestro parecer, sería que el empresario testador hubiera creado acciones sin voto, que son las que se adjudicarían a los legitimarios no favorecidos con la retribución de la empresa o explotación, diferenciándose, por tanto, titularidad, propiedad y gestión y poder económico.

a su posible solución. Pero también en el Derecho común, con la aplicación necesaria de la sucesión forzosa, la legítima puede provocar la disgregación o desaparición de la empresa que tanto tiempo y esfuerzos costó construir, ya que el patrimonio ha de repartirse necesariamente entre los más cercanos parientes, con las lógicas dificultades de gestión subsiguientes derivadas de la existencia de varios titulares sobre la misma empresa, que pueden tener objetivos enfrentados.

Las normas privadas, especialmente civiles (por el calificativo de "familiar"), van a dificultar en algunos supuestos la continuidad de las empresas familiares¹⁰.

Es muy difícil definir lo que es una Empresa Familiar, incluso se ha llegado a decir que estamos ante "un fantasma del Derecho"¹¹. Solo existe un doctrinal consenso sobre algunas características de la Empresa Familiar, pues cuando alguna norma legal se refiere a ella únicamente lo hace a efectos de determinar la extensión y alcance de los beneficios fiscales que se les concederían a los titulares de la misma. Entre estas características se halla que la familia debe tener una importante participación en el capital social, que debe ejercer el control, que ha de participar en la gestión o en la propia empresa y que existe el deseo familiar de que la empresa continúe. Tal vez este deseo subjetivo, unido al dato objetivo de la importancia que las empresas familiares y las Pymes tienen en el PIB, sea el deseo de que la explotación permanezca indivisa y la finalidad perseguida por la reforma del artículo 1056 del C.c.

En el campo de la estadística se confunde Pyme con Empresa Familiar. La primera supone unas limitaciones cuantitativas en cuanto al número de trabajadores sustancialmente que no existe en la Empresa Familiar que cubre un amplio espectro que puede ir desde el pequeño negocio de pueblo a la gran empresa con cientos de empleados y miles de millones de facturación¹².

Ante la dificultad de definir la Empresa Familiar y deslindarla de la Pyme fuera conveniente seguir el ejemplo italiano que defi-

¹⁰En el Informe de la Ponencia del Senado, *cit.*, pgs. 76, se ha constatado que "no a todas las Comunidades Autónomas les resulta de aplicación la misma normativa, con lo cual en función de la adscripción, algunas empresas familiares se ven en mejor o peor situación que otras para gestionar y afrontar la sucesión, ya que en unos sitios se admite la posibilidad de establecer pactos sobre la herencia futura y en otros no"

¹¹"Informe de la Ponencia del Senado, *cit.* pg. 69.

¹²Así, Informe de la Ponencia del Senado, *cit.*, pg. 70.

ne la empresa familiar en el artículo 230 bis del Codice civile, según redacción introducida por el artículo 89 de la Ley 151/1975, de 19 de mayo¹³.

Al conferir este precepto italiano a los colaboradores familiares determinados derechos patrimoniales y de gestión, que asimilan su posición a la del socio en la sociedad, ello ha llevado a la doctrina italiana a no ofrecer una posición uniforme. Para una primera postura, la verdadera cualidad de empresa familiar debe atribuirse al fundador o emprendedor, por lo que la colaboración de otros familiares tiene carácter interno y no supone consecuencias para el perfil legal de la empresa. Para otros autores, basándose en el reconocimiento de derechos patrimoniales y de gestión a los colaboradores del fundador, la empresa familiar es una empresa colectiva, y el vínculo entre quienes la constituyen tiene relevancia externa. Lo sucedido en la doctrina italiana pone de manifiesto una primera dificultad a la que llevaría indudablemente el intento de una definición legal omnicomprendensiva, que alcanzara todo el amplio espectro que la misma supone.

¹³Artículo 230 bis del Código Civil italiano: "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 de 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 volto da chi esercita la potestà su di essi".

"Il lavoro della donna è considerato equivalente a quello dell'uomo".

"Ai fini della disposizione di cui al primo comma si intende come familiare il cónyuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo; per impresa familiare quella cui collaborano il cónyuge, i parenti entro il terzo grado, gli affini entro il secondo".

"Il diritto di partecipazione di cui al primo comma è intrasferibile, salvo che il trasferimento avvenga a favore di familiari indicati nel comma precedente col consenso di tutti i partecipi. Esso può essere liquidato in danaro alla cessazione, per qualsiasi causa, della prestazione del lavoro, de altresì in caso di alienazione dell'azienda. Il pagamento può avvenire in più annualità, determinate, in difetto di accordo, dal giudice".

"In caso di divisione ereditaria o di trasferimento dell'azienda i partecipi di cui al primo comma hanno diritto di prelazione sull'azienda. Si applica, nei limiti in cui è compatibile, la disposizione dell'art. 732".

"Le comunión tacite familiares nell'esercizio dell'agricoltura sono regolate dagli usi che non contrastino con le precedenti norme".

Otra característica del derecho italiano, es que se atribuye a la empresa familiar, desde el punto de vista jurídico, un carácter residual ya que no se ha querido por el legislador obligar a los empresarios a seguir el régimen previsto por el Codice por la reforma de 1975. Acaso, si se optase en España por una regulación jurídica de la Empresa Familiar no debe perderse de vista este carácter residual que se contiene en el Código Civil italiano.

Una realidad constatable es que cuando la Unión Europea regula para las Pymes no lo hace para las Empresas Familiares, pues son aquellas en Europa las que interesan por la conservación y crecimiento de los puestos de trabajo y por su alta incidencia económica. Aunque es lo cierto que al coincidir parcialmente la problemática de las Pymes con la de las empresas familiares de cierto volumen "debe considerarse lógico que se utilice en defensa de las empresas familiares los criterios europeos sobre las pequeñas y medianas empresas"¹⁴.

La Ley 7/2003, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, ha

¹⁴Así, Informe de la Ponencia del Senado, *cit.*, pgs. 73. En las páginas siguientes e pone en evidencia la importancia que para las empresa familiar implica la transmisión de valores de generación en generación.

Se apunta en el informe que "la doctrina norteamericana especializada en el tema ha destacado la importancia de los valores éticos defendidos por las empresas familiares, tanto en si mismo como en relación con lo que han llamado *stakeholders*, destacando el peso de dichos valores en la gestión de las empresas familiares, que se complica porque ha de tenerse en cuenta la dinámica familiar, la historia de la familia y las personalidades individuales, existiendo unos criterios ya consolidados desde el fundador a la primera generación en cuestiones tan variadas como el respeto a las obligaciones creadas por las anteriores generaciones con empleados, clientes o vendedores; la promoción de la carrera profesional de la generación siguientes por parte de los padres o familiares mayores; la asignación de la remuneración de los accionistas familiares activos, en activos y retirados; las responsabilidades de la empresa como administrador respecto a sus empleados, comunidad y clientes; la honradez y juego limpio en las decisiones de sucesión de los altos cargos; la forma de resolver las cuestiones relativas al distinto sexo; la consideración del rendimiento de los miembros de la familia, etc".

"También la doctrina norteamericana, ha hecho referencia a la existencia de metavalores en las empresas familiares, al existir una estrecha relación entre la reputación familiar y la empresarial, lo que supone que los comportamientos de las empresas que no son consecuentes con los valores de empresa que llevan incorporados pueden tener un impacto negativo en la reputación de la familia, y ello, en mayor o menor modo, condiciona la gestión y el futuro de las empresas familiares. En este sentido, algunos autores han destacado que el valor o metavalor que supone mantener la unidad familiar, no se debe, bajo ningún concepto, hacer efectivo en la empresa ya que, pretender a ultranza mantener el valor de la unidad familiar lleva a los propietarios a mantener en el negocio a sus hijos cuando no son idóneos".

aprovechado para reformar los tres artículos del Código Civil antes mencionados con el fin de intentar soslayar los problemas que se derivan de la sucesión legitimaria en relación con el fallecimiento del empresario. La reforma se enmarca dentro de la reciente corriente económica y jurídica que se está preocupando por el problema de la conservación de la empresa familiar. Manifestaciones de ello son, p. ej., las deducciones fiscales en la transmisión *mortis causa* de estas empresas, o los llamados “protocolos familiares”, cada vez más en boga, aunque de limitada eficacia jurídica. Si la reforma es acertada, lo intentamos analizar en las siguientes líneas, y, en última instancia, nos lo dirá la práctica de los próximos años¹⁵.

La Ley aborda el tema de los llamados “Protocolos familiares” en su Disposición final segunda¹⁶, ordenando que se desarrollen reglamentariamente su publicidad y acceso al Registro Mercantil. La Empresa Familiar, equivalente en muchos aspectos a la Nueva Empresa que la Ley regula como una variante de Sociedad Limitada, ha tenido que acudir con cierta frecuencia a establecer pactos parasociales (los “protocolos familiares”) para poder decidir, fuera del régimen legal establecido para la sociedad limitada (o de cualquier otra naturaleza societaria) aquello que pudiera afectar o ser de interés para la organización de la Empresa Familiar, a su gestión, transmisión, prospectivas, etc. En estos protocolos se pretende no solo suplir los defectos legales de organización societa-

¹⁵Desde 2 junio, fecha de entrada en vigor de la LSNE, hasta 1 enero 2004, según el INE, se han creado 1.686 sociedades RLNE. Aunque este dato es provisional al no ser fácil determinar cuando un empresario se inclina por una SRL o una SRLNE.

La LSNE establece que acudiendo a las Ventanillas Únicas que las Cámaras de Comercio junto a las Administraciones central, local y autonómica han establecido, se podrá tramitar esta nueva fórmula jurídica societaria. Las Ventanillas Únicas Empresariales de Cartagena y Murcia (además de Madrid, Getafe y Valencia) han sido pioneros en gestionar telemáticamente una SLNE. De las 108 SLNE que se crearon dentro de los tres meses de la entrada en vigor de la Ley la mayoría de ellas correspondieron a Canarias, Murcia y Valencia (en www.infonos.com, agosto 2003).

¹⁶Disposición Final Segunda, apartado 3: “Reglamentariamente se 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 el Informe de la Ponencia del Senado puede verse un borrador de Proyecto del RD de ejecución de esta Disposición Final Segunda, relativo a la publicidad de los Protocolos Familiares.

ria, sino que sirvan como un documento donde la familia acuerda, entre otras cosas, la cultura de la familia y como dicha cultura influye en la propia Empresa Familiar¹⁷; a estos protocolos se recurre contractualmente (extrasocietariamente) ante la imposibilidad que exigía nuestro sistema legal societario para que consten estos pactos en los Estatutos Sociales o en la escritura pública de constitución impidiendo, por tanto, su acceso al Registro Mercantil para general conocimiento por parte de los terceros.

En el Informe de la Ponencia del Senado sobre la Empresa Familiar¹⁸ se contiene, en cuanto a la sucesión de la Empresa Familiar, dos menciones: una, recomienda "la adopción de formas societarias como fórmula de cooperar a su *continuidad*"; y otra, que a través de los Protocolos familiares se "prevea la *sucesión* de los fundadores de dichas empresas".

La doctrina especializada ha puesto de relieve la conexión existente entre el protocolo familiar y la cesión en la empresa familiar, ya que con este mecanismo se prevé la necesaria planificación estratégica del cambio generacional, la búsqueda del consenso de la familia en el ámbito de la empresa, delimitar las reglas de actuación y comportamiento entre empresa familiar y su propiedad. Sin embargo, hablar de protocolo familiar solo es hablar, tanto desde un plano teórico como práctico, de un documento en el que se contenga un acuerdo marco o base que necesita ser desarrollado en otro serie de documentos, como son las capitulaciones matrimoniales del empresario y de sus hijos, el testamento del empresario y de sus hijos, y los estatutos sociales, adopción por la empresa familiar de una determinada fórmula societaria, etc., no siempre de carácter jurídico vinculante. La Sociedad Nueva Empresa no es un mecanismo idóneo para abordar los problemas que genera la Empresa Familiar. Sin embargo, aunque ésta no tiene un "tipo" reconocido legalmente no puede desconocerse que la Sociedad Nueva Empresa ha surgido para solventar algunos de los problemas y cuestiones apuntados por los estudiosos de la Empresa

¹⁷Cfr. VICIANO PASTOR, Departamento de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia, en Instituto Valenciano de Empresa Familiar: "Es una realidad que en muchas ocasiones, los Protocolos Familiares contienen obligaciones de carácter jurídico que los miembros de la familia deben seguir, tanto aquellos que son socios de las sociedades en las que se organiza el patrimonio, familiar como por aquellos que, siendo miembros de la familia, sin embargo no tienen la titularidad de acciones o participaciones de las sociedades".

¹⁸Informe de la Ponencia del Senado, *cit.* pgs. 100 a 102.

Familiar.

Los protocolos algunas veces sirven para regular la primera transmisión “mortis causa” de la empresa “nunca la segunda, porque el cambio de las circunstancias sociales y económicas hacen que las previsiones sucesorias no puedan funcionar”¹⁹.

En el Derecho de sociedades, es verdad, se ofrecen posibilidades que permiten aliviar los conflictos por la sucesión *mortis causa* en la empresa, pero aquí, con todo, nos ceñiremos al Derecho hereditario y a la vía que abre el nuevo artículo 1056.II C.c. Sin embargo, quiero solo mencionar que la Ley 7/2003 establece modificaciones legislativas que podrían favorecer a la Empresa Familiar. Entre ellas se encuentra la posibilidad de participaciones sin voto y la auto cartera. Se autoriza a las sociedades de responsabilidad limitada a disponer de participaciones sin derecho a voto, pero con todos los derechos económicos, lo que permite introducir nuevos socios que aporte capital pero que no participen en la gestión; podría el testador prever esta posibilidad, incluso, para que los colegitimarios pudieran ser adjudicatarios de esas acciones sin voto cuando no fuera el favorecido con la empresa o explotación; además, las acciones sin voto podría ser un mecanismo alternativo de financiación que podría ser muy positivo para las empresas familiares. Igualmente, las sociedades podrán adquirir y mantener temporalmente sus propias acciones o participaciones sociales, lo que permitiría a las empresas familiares no tener que acudir a un socio externo porque uno de sus socios familiares haya fallecido o decida marcharse de la compañía. Pero acaso, uno de los aportes de mayor trascendencia para las empresas familiares haya sido el tema de los llamados Protocolos Familiares, antes apuntados, que al poder inscribirse en el Registro Mercantil podrán ayudar a solucionar los conflictos que se puedan plantear en el futuro (cfr. Disposición Final Segunda Ley 7/2003).

b) Consideraciones preliminares.

Quiero manifestar dos precisiones o consideraciones previas a la lectura de este trabajo.

1.- Una, que el Código Civil conoce desde su primitiva redacción los problemas de la transmisión hereditaria de cosas o agrupaciones de cosas que no son fácilmente divisibles, tanto desde el

¹⁹Así, el Secretario General de la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, Juan Jiménez Aguilar, en su comparecencia de 30 de mayo de 2001, en la Ponencia del Senado.

punto de vista físico como económico, pero ello no evita a la Empresa Familiar el obstáculo de la aplicación de las normas civiles²⁰, pues aunque existan normas que faciliten la unidad de la empresa familiar es evidente que en el ámbito de aplicación del C.c. las legítimas pueden provocar la desaparición de la empresa como un todo a la muerte de sus fundadores²¹. Igualmente, en tema de partición hereditaria no puede olvidarse que debe previamente procederse a la liquidación del régimen económico matrimonial disuelto, y habrá de conocerse la naturaleza de los bienes aportados a la empresa y el carácter de ésta (ganancial o privativa), lo que dificulta su supervivencia en el caso de que no se hubiera hecho testamento.

Entre las normas civiles que pueden favorecer la continuidad de la empresa se podría citar el párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil, incluso antes de la reforma que sufriera por la Disposición Final Primera de la Ley 7/2003.

²⁰En el Informe de la Ponencia del Senado, *cit.*, por los comparecientes, empresarios y técnicos profesionales, se manifestaron unánimemente que el tema de la transmisión hereditaria es sin duda el punto clave para la supervivencia de la Empresa Familiar. Cfr. En este sentido especialmente pgs. 78 y s.

²¹Como se recoge en el Informe de la Ponencia del Senado, *cit.*, pgs. 78 y s., "puede estimarse que existe soterrada una cierta polémica entre los partidos del sistema anglosajón de absoluta libertad de testar y los partidarios del sistema de legítimas tal como está configurado en España".

"En el derecho inglés, es sobradamente conocido que no existen legítimas, pero la *"Inheritance Act"* de 1975 estableció que ante el supuesto de que el cónyuge no hubiera recibido una parte adecuada o razonable, o bien otro familiar a quien el fallecido debiera alimentos y se encuentra en necesidad, el juez puede atribuirles una parte de los bienes. En el supuesto de que la sucesión sea abintestato, en ausencia de parientes próximos, el cónyuge recibe la totalidad de los bienes; si concurre con el padre o la madre, hermanos o hermanas y sus descendientes, recibe la totalidad hasta 125.000 libras y la mitad del exceso, lo que queda se reparte entre los demás familiares. Si el cónyuge concurre con uno o varios hijos del difunto, recibe la totalidad hasta 75.000 libras y sobre el resto un interés de por vida que corresponde al usufructo y lo que queda se reparte entre los hijos por partes iguales. La doctrina inglesa ha destacado que en la práctica, se evita que la explotación familiar llegue a la transmisión hereditaria, utilizando diversos medios de transmisión "inter vivos".

"En Italia y Francia el tema de la sucesión de la empresa familiar ha sido estudiado exhaustivamente, y en el último país citado, se organizó un coloquio sobre la materia en junio de 1988 que se celebró de Deauville, y otro en Lille en 1990 preparado por el Congreso de Notarios de Francia. Sin perjuicio de las medidas fiscales que todos estos países han adoptado, lo cierto es que si el empresario no ya preparado la sucesión, mantener la empresa unida va a ser difícil ante la necesidad de respetar las legítimas y el principio de igualdad de la partición".

El artículo 1700.4, en conexión con los artículos 1704 y 1705²², permite que por pacto continúe la sociedad con los herederos en el supuesto de disolución automática de la misma.

Incluso, el usufructo universal a favor del cónyuge superviviente, en base a la práctica notarial basada en la llamada “cautela Socini” que tiene su origen en el artículo 820.3 del Código Civil; o los artículos: 821²³ (legado de finca que no admite cómoda división), 829 (mejora en cosa determinada que excede del tercio de mejora y de la parte de legítima estricta del mejorado) y 1062 (partición de cosa indivisible o que desmerezca mucho por su división); 1051.2 (la prohibición testamentaria de pedir la partición); o la mejora en cosa determinada como forma admisible de atribuir la empresa familiar (art. 832 a sensu contrario).

También, la redacción dada en 1981 a los artículos los artículo 841 y ss. C.c., permite que el testador causante adjudique todos sus bienes o parte de ellos, con la obligación del beneficiado de satisfacer a los demás su legítima en dinero. Sin embargo, la regulación está sometida a tales dificultades y controles que se ha revelado inservible en la práctica, como lo demuestra la falta de resoluciones judiciales sobre el asunto. Por el contrario, la nueva regulación dada por la Ley 7/2003 aparece como más flexible al respecto²⁴. Pero sobre todo, y en cualquier caso, con lo dispuesto en el artículo 1056.2 y los artículos 841 y siguientes del Código Civil, lo cierto es, que el empresario que quiera conservar indivisa una explotación agrícola, fabril o indus-

²²Estos artículos van referidos a la sociedad civil, cfr., igualmente, artículos 218 a 237 del C.de Com.; 260 y ss. de la LSA y 104 y ss. de la LSRL.

²³Reformado por la Ley 41/2003, de 18 noviembre, que unifica los artículos 821 y 822 de la anterior redacción.

²⁴Acaso, por ello, CARRASCO, “Acoso y derribo de la legítima hereditaria”, *Actualidad civil*, n° 580, 2003) dice: “La legítima sucesoria «castellana» de hijos y descendientes sobre los bienes de sus padres no goza en el siglo XXI de buena reputación, y el legislador no deja pasar ocasión para recortarla, aprovechando la reforma de textos legales que poco o mucho tienen que ver con el Derecho hereditario.

La Ley 7/2003, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa (ya el nombre lo dice todo de la vanidad de sus autores), modifica el artículo 1056.2 del Código. Se permite ahora que el padre que quiera mantener indivisa su empresa o el control de una sociedad no sólo pueda atribuírselos por entero a uno de los hijos, con cargo de pagar en dinero la legítima de sus hermanos, sino que este dinero pueda ser extrahereditario, que el pago pueda aplazarse hasta cinco años, sin que el hijo beneficiado pueda hacer uso de la opción del artículo 842, sin que sus hermanos tengan que confirmar la liquidación practicada y sin que éstos gocen de las garantías que les concedía el art. 844.1 del Código. Por su parte, el Anteproyecto de Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad (hoy convertido en Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial

trial, podrá usar de la facultad aludida siempre que se respeten las legítimas de los demás²⁵.

En cualquier caso, lo que aquí se pretende dejar claro es que este trabajo se centra en el artículo 1056.II, de manera que sólo se hará referencia a aquellos otros supuestos de manera tangencial, cuando sea necesario para desentrañar el significado del precepto objeto de estudio.

2.- Como segunda cuestión previa y esencial quiero expresar que es imposible hacer un estudio sobre el artículo reformado 1056 sin sentar unas bases sobre los aspectos que consideramos esenciales de la institución legítima; por ello, dedicamos un primer capítulo a la llamada "naturaleza de la legítima", donde se sientan esas bases fundamentales de las legítimas en el Derecho Común para poder aplicar dichas bases, previamente establecidas, al desarrollo, análisis y comentario del artículo 1056.II, que es el contenido de la segunda parte del presente estudio.

de las Personas con Discapacidad y modificación del C.c. y de la Lec.) permite que la totalidad de la legítima sucesoria sea atribuida por los padres a sus hijos incapacitados, que poseerán estos bienes en vida en calidad de herederos fiduciarios. Tampoco se computarán en la legítima del incapacitado la donación o legado de un derecho intransmisible de habitación sobre la vivienda habitual si en el momento del fallecimiento el causante y el incapacitado convivieran en ella. Finalmente, se permite que ambos progenitores puedan, en determinadas circunstancias, utilizar bienes propios para pagar la legítima que corresponde a los hijos en la herencia del progenitor premuerto.

Creo, dice CARRASCO, que tales normas aciertan el designio, aunque puedan existir errores en los detalles. La legítima de los "dos tercios" tiene sentido en una sociedad en la que la expectativa de sobrevivencia es baja, con una frecuencia estadística importante de casos en que hijos menores o adolescentes pierden al progenitor sin haber alcanzado una edad que les permita labrarse su propio futuro. No tiene tanto sentido cuando la expectativa de sobrevivencia es lo bastante alta como para dar lugar a que los hijos hereden a sus padres en una etapa avanzada de la madurez de aquéllos. Además, en tales circunstancias es ya muy posible que los hijos hayan recibido en vida bienes bastantes de los padres -especialmente la inversión paterna en educación superior, que en el Código Civil no se consideraba pago de la legítima en vida, o el pago de alimentos no debidos, por haber llegado el hijo con exceso a su mayoría de edad- como para haber colmado toda expectativa sucesoria razonable. La legítima genera costes de litigación muy altos (pretericiones, simulaciones, desheredaciones, indignidades). Y, sobre todo, no es humano privar a los padres de la opción de sacar su herencia a una subasta en la que los hijos tengan que pujar con promesas de cariño y cuidados, con los que amenizar los tristes días de la ancianidad".

²⁵El Informe de la Ponencia del Senado, *cit.*, pg. 79: "con todo ello, supone una serie de dificultades técnicas y sigue siendo aconsejable que los fundadores de las empresas familiares prevean el hecho de la sucesión, lleguen a los acuerdos necesarios con los herederos, y al menos, si no lo hacen así, otorguen testamento".

CAPÍTULO PRIMERO NATURALEZA DE LA LEGÍTIMA

I. LA NATURALEZA DE LA LEGÍTIMA EN LA DOCTRINA.

El nuevo artículo 1056.II parece una excepción en nuestro Derecho sucesorio, que tiene por base, según opinión mayoritaria, la concepción de que los legitimarios no sólo deben recibir un valor económico proveniente del causante, sino un valor precisamente en bienes de éste. En el precepto se exceptiona que el valor económico provenga del patrimonio hereditario, pues autoriza el pago legítimo con dinero extrahereditario y el aplazamiento temporal del pago.

Un estudio detenido de la cuestión requiere indudablemente el planteamiento de la *vexata questio* de la naturaleza de la legítima. No se va a intentar aquí un análisis hasta sus últimos detalles, sino sólo aquellas cuestiones básicas necesarias para resolver luego las que plantea el análisis de la nueva regulación del artículo 1056.II del Cc.

El término “naturaleza” en el campo del Derecho es poco claro. En materia de legítima, bajo tal denominación se discuten cuestiones como: si el legítimo es necesariamente heredero del causante; si existe una delación legal a favor del legítimo, o se trata más bien de que el causante ha de dejarle como quiera un valor en bienes, actuando el Ordenamiento sólo en caso de infracción; y, en cualquier caso, cuál es la posición mínima del legítimo en cuanto a su derecho a recibir un tanto del patrimonio del causante. Es decir, qué mecanismos tiene a su disposición el legítimo cuando no recibe lo que por legítima le corresponde, y si esta protección es de carácter real o personal²⁶.

Las opiniones al respecto son casi tantas como autores han

²⁶P. ej., si el legítimo perjudicado se dirige contra el heredero extraño para cobrar su legítima, y éste último ha enajenado ya a un tercero los bienes recibidos ¿puede el legítimo dirigirse directamente contra el tercero adquirente, o sólo tiene una acción personal contra el heredero extraño que enajenó los bienes?

escrito sobre la legítima. Aquí se intentará sistematizarlas, agrupándolas en cuatro corrientes básicas, que van desde la más a la menos protectora del legitimario.

a) El legitimario como heredero.

Para un grupo de autores, minoritario, el legitimario es siempre y necesariamente heredero, sucesor a título universal del causante. Se dice que en el Derecho español medieval tuvo una gran importancia el elemento jurídico germánico, supuestamente traído por los visigodos a nuestro país. Según los principios sucesorios de este Derecho, el legitimario era siempre heredero, porque, en cierto modo, la propiedad del cabeza de familia era una cuasi-propiedad; por influjo de la Iglesia, se admitió, no obstante, que el causante pudiera disponer de 1/5 de sus bienes a favor de extraños; la llamada "cuota del alma".

El principal valedor de esta concepción del legitimario como heredero ha sido PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS²⁷. Opina que los legitimarios "son *herederos* y, por tanto, sucesores a título universal (cf. artículo 660 C.c.). Y lo son con carácter forzoso, es decir, por determinación de la Ley y cualquiera que fuere la voluntad del testador"²⁸.

Se basa este autor en varias razones.

1. En primer lugar, los antecedentes históricos: "el sistema legitimario castellano formaba parte del núcleo del Derecho autóctono con peculiaridades irreductibles frente al Derecho común". En este sistema "se recoge la tradición germánica de la *primacía de la sucesión legal*. Los hijos son herederos por ser hijos", de manera que "*totum patrimonium patris o omnia bona excepta quinta parte sint legitima filiorum*". Por ello, "el contenido típico del testamento era, en toda nuestra Edad Media, las mandas"²⁹.

Aparte de lo anterior, "la doctrina romanista de la posible exención de responsabilidad de las deudas, de la cual gozaría el legitimario, *se convenía muy poco con lo establecido en la Ley 21 de Toro* sobre responsabilidad de los hijos, por las deudas del

²⁷PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS, "La naturaleza de la legítima", ADC, 1985, pgs. 849 y ss. Cita como seguidores de esta opinión a FUENMAYOR, GARCÍA VALDECASAS, SANTOS BRIZ, ESPINAR, MENÉNDEZ VALDÉS, ORTEGA PARDO. Cf., además, con posterioridad, MIQUEL GONZÁLEZ, "Acción de reclamación de filiación extramatrimonial y preterición intencional. Comentario a la STS de 9 de julio 2002 (RJ 2002, 8237)", *RDPatrl.*, 2003, 1, pgs. 433 y ss.

²⁸Pg. 864.

²⁹Pgs. 852 y 853.

padre. Pues conforme a esta Ley los hijos, aunque recibieran bienes hereditarios incluso por disposición a título particular (por mejora de tercio y quinto) estaban obligados como los herederos frente a los acreedores del difunto”.

2. Uno de los principales escollos de esta teoría es el tenor literal del artículo 815 C.c., según el que “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”.

El tenor del precepto y los comentarios de GARCÍA GOYENA al equivalente del Proyecto de 1851 han parecido decisivos para la mayoría de los autores, que se inclinan por que el legitimario puede ser satisfecho por cualquier título, herencia, legado o donación. Sin embargo, PEÑA considera que lo que quiere decir el precepto y los comentarios es que, a partir de la codificación, ese legitimario que ha recibido menos de lo que le corresponde no se considera preterido. “pero no parece que, además, se pretendiera -contra los precedentes- que el llamamiento del legitimario como *heredero* forzoso dependiera, en definitiva, del arbitrio del testador, el cual siempre podría satisfacer la legítima con un legado -*sucesión a título particular*-, y que al legitimario que pretendiera hacer valer sus derechos, no le quedara, entonces, otra opción que la de aceptar el legado”³⁰.

3. En cuanto al artículo 818 C.c. (“para fijar la legítima se atenderá al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento. Al valor líquido de los bienes hereditarios se agregará el de las donaciones colacionables”) frente a la opinión mayoritaria de los que consideran que de este precepto se deduce con claridad que el legitimario no tiene por qué ser heredero, sino en todo caso tiene derecho a recibir una parte del activo líquido, opina PEÑA BERNARDO DE QUIRÓS que “el artículo, aunque se refiere a la determinación de la cuantía de la legítima, implícitamente se refiere también -por exclusión- a la determinación de la cuantía de libre disposición y ni priva del carácter de heredero al que hubiere sido instituido como tal *en la parte de libre disposición*, ni priva, tampoco, del carácter de heredero al que por Ley lo es con carácter forzoso”³¹.

4. Por lo que se refiere al problema de que el legitimario haya

³⁰Pg. 873.

³¹Pg. 881.

sido pagado mediante liberalidades en vida, considera el autor referido que eso no lo elimina su carácter de heredero, como sucede, p. ej., en el caso de que el heredero voluntario no reciba nada porque la herencia no tiene residuo. Debe recordarse -señala PEÑA- que el título o cualidad de heredero tiene efectos más amplios que el de la sucesión en el patrimonio del causante; "pero es que, además, en cuanto a los efectos patrimoniales, tiene, también, en esos casos, sentido la sucesión universal. La sucesión universal opera, en bloque, sobre la herencia, *unidad abstracta*. La expresión *pars hereditatis* alude no a un contenido económico *concreto y positivo*, sino a una *participación* en la titularidad de esa unidad *abstracta* que es la herencia o patrimonio hereditario... El carácter de partícipe de esa unidad abstracta determina la legitimación activa y pasiva, en la gestión y defensa del patrimonio hereditario"³². Y pone como ejemplo la colación hereditaria (artículo 1035 C.c.), en la que el colacionante puede no recibir nada de la masa partible (artículo 1047).

5. Pero, sobre todo, en esta posición, el argumento para defender el carácter de heredero del legitimario es que da unidad y coherencia a todo el sistema de acciones protectoras de la legítima frente a las disposiciones del causante que la perjudiquen, estableciendo además un plazo claro para su ejercicio, que sería el de la acción de petición de herencia, salvo, lógicamente, la impugnación de las liberalidades entre vivos.

b) La legítima como "pars bonorum".

Siguiendo parcialmente la tradición histórica del Derecho Común, la mayoría de la doctrina opina que el legitimario a lo que tiene derecho es a recibir un valor del causante, obtenido precisamente sobre los bienes del mismo, pero no tiene por qué ser necesariamente heredero³³.

Esta postura se apoya, esencialmente, en los antecedentes históricos del Derecho Común, donde los autores consideraron

³²Pg. 882.

³³En la doctrina más moderna, ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, V, 8ª ed., Madrid, 2003, pgs. 375, 385 y 386; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, 8ª ed., Madrid, 2001, pg. 417; LASARTE, *Principios de Derecho civil*, t. 7º, 2ª ed., Madrid, 2001, pg. 249; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, en Capilla et altri, *Derecho de sucesiones*, Valencia, 1992, pg. 313; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, V, vol. 3º, 4ª ed., Barcelona, 1991, pgs. 9 y ss., y 23 y 24; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, en Moreno Quesada (coord.), *Curso de Derecho civil*, IV, 2ª ed., Valencia, 2003, pgs. 691 a 695.

siempre que el legitimario debía ser nombrado heredero por el causante, por mor de la Novela 115, pero no tenía por qué recibir toda la legítima a título de herencia. Además, se opina que los juristas castellanos de la Edad Moderna siguieron esta postura al interpretar y aplicar las Leyes de Toro. Se niega, pues, el supuesto ascendiente germánico de nuestro Derecho sucesorio³⁴.

También se apoya en la redacción del artículo 815 C.c., y los comentarios de GARCÍA GOYENA al correspondiente precepto del Proyecto de 1851, que se consideran decisivos a este respecto³⁵.

Igualmente, en que no es cierto que exista “‘un llamamiento forzoso’ simultáneo al testamentario. Este está limitado, en su eficacia, por las normas imperativas que pueden provocar su invalidez en todo o en parte, cualitativa o cuantitativamente. La sucesión *contra testamento*, en Roma, en el *ius commune* y en el castellano, requería la previa invalidación de la disposición testamentaria y la subsiguiente aplicación de la intestada en cuanto correspondiera al legitimario impugnante -salvo para los remedios específicos, como los del derecho al suplemento, invalidez de gravámenes, reducción de liberalidades.”³⁶.

Y, por último, en que el legitimario en cuanto tal no ha de responder de las deudas del causante, sino que conforme al artículo 818, sólo tiene derecho a recibir una parte del activo líquido. Comentando el precepto, señala VALLET que “pudiéndose satisfacer la legítima por cualquier título, le basta al causante dejar al legitimario ese mínimo, ya sea en bienes concretos, por donación, legado o institución en cosa cierta, o bien como *pars bonorum*, es decir, como legado de parte alícuota o sea de cuota líquida de los bienes”³⁷. De ahí deduce el autor que en los casos de preterición intencional, desheredación injusta y otros similares se recibe la legítima “como *quota bonorum*, es decir, a título singular; pues, en ellos, la sucesión intestada se abre tan sólo de una cuota de bie-

³⁴VALLET DE GOYTISOLO, *Las legítimas*, vol. 1, Madrid, 1974, pgs. 200 y ss.; VALLET DE GOYTISOLO, “Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima. A propósito de un trabajo de Manuel Peña Bernaldo de Quirós”, ADC, 1986, pgs. 3 y ss. En pg. 9 señala que “Los juristas castellanos no podían hallar soluciones en el derecho germánico -que, por lo demás, conocían aún menos que hoy nosotros, tras las modernas investigaciones de los historiadores del derecho- para la problemática que vivían y que sí las hallaban en el derecho romano”.

³⁵VALLET DE GOYTISOLO, “Observaciones..., *cit.*”, pgs. 37 y 39.

³⁶Pg. 41.

³⁷Pg. 56.

³⁸Pg. 57.

nes y no de herencia"³⁸.

c) La legítima como "pars valoris bonorum".

Según un punto de vista, magistralmente defendido por ROCA SASTRE, "la legítima atribuye en principio a los legitimarios una titularidad sobre una parte del valor en cambio del patrimonio hereditario líquido"³⁹. Frente a las teorías anteriores sobre la naturaleza de la legítima en nuestro Derecho, opina ROCA que "debe prevalecer... la tesis de que, en principio, la titularidad legitimaria tiene la naturaleza de un derecho real de realización de valor o titularidad sobre el valor en cambio de los bienes relictos, con repercusiones en los bienes objeto de donaciones inoficiosas; o sea que el legitimario no tiene una pars bonorum, sino una *pars valoris bonorum*"⁴⁰.

Para llegar a esta conclusión ROCA SASTRE se apoya en la distinción doctrinal alemana entre la propiedad de las cosas y la titularidad de su valor; concepción que se basa en el sistema hipotecario alemán que concibe la hipoteca como parcela de valor del bien (de ahí que se admita la llamada hipoteca de propietario). Por tanto, "la legítima, en el Código, tiene la naturaleza de los derechos o titularidades sobre el valor dinerario de las cosas, si bien con referencia al valor global del patrimonio relictos... No es la legítima ni titularidad hereditaria, ni creditual, ni *pars bonorum*, sino *pars valoris bonorum*. Tiene la misma contextura o calidad intrínseca de todos los derechos de realización de valor, y, por consiguiente, del derecho real de hipoteca; si bien se diferencia de ésta en que en la hipoteca, el derecho de realización de valor se produce en *funciones de garantía* del cumplimiento de una obligación, o sea con una accesoriedad tan enérgica que le resta autonomía, mientras que en la legítima es la titularidad sobre el valor que surge de un modo independiente o autónomo, atribuyéndola, en principio, la ley a los legitimarios y produciéndose en forma semejante a la *deuda territorial* o *débito fundiario* del Derecho hipotecario alemán (*Grundschuld*) y que nosotros denominamos *hipoteca independiente*"⁴¹.

³⁹ROCA SASTRE, "Naturaleza jurídica de la legítima (Teoría de la 'debita pars valoris bonorum')", R.D.Pr., XXVIII, 1944, pgs. 185 y ss.; la cita es de la pg. 202.

⁴⁰Pg. 195.

⁴¹Pg. 203.

d) La legítima como simple derecho de crédito.

El Código civil admite en algunos preceptos que el legitimario reciba su legítima en metálico. Sin embargo, ya antes de la reforma de 1981, señalaba DE LA CÁMARA en un importante artículo publicado en 1964 que “la doctrina ha entendido que estos preceptos son excepcionales. La verdad es que tales normas han sido examinadas muy superficialmente. Se miden por el mismo rasero los artículos 1.056-2 y 829, que fundan el pago a metálico en la voluntad expresa o presunta del testador, y los que directamente conceden esa potestad a ciertos herederos. Por lo que toca a los primeros, es lícito preguntarse si se trata de excepciones rigurosas que han de quedar circunscritas a sus términos literales o si estamos en presencia de aplicaciones especiales de una posibilidad que el Código no acepta ni rechaza terminantemente. En otros términos, si es posible o no, y dentro de qué ámbito, la aplicación analógica de aquellas normas”⁴².

DE LA CÁMARA argumenta como razones para ello.

Si la “ley no garantiza en todo caso al legitimario la participación efectiva en los bienes de la herencia, sino tan sólo una cuota en el activo líquido, si lo hay, no está en desacuerdo con los principios esenciales del sistema que el testador disponga el pago en dinero de aquella participación, ni parece que el derecho a exigir la legítima ‘in natura’ deba considerarse consustancial a la posición jurídica del legitimario”⁴³.

Igualmente, sostendrá que “el testador puede cumplir su deber legitimario asignando al heredero forzoso bienes determinados... Se dirá que una cosa es que el testador pueda concretar los bienes que ha de recibir el legitimario en pago de la cuota, y otra disponer de esa cuota (lo que prohíbe el 806) y sustituirla por su valor en metálico. Pero ocurre preguntar: ¿Hasta qué punto no hay también disposición y sustitución cuando el testador señala a su arbitrio los bienes herenciales que ha de recibir el legitimario?”⁴⁴.

Este trabajo de DE LA CÁMARA, como hemos dicho, y después recordaremos, es de mención imprescindible, pues, su autor

⁴²DE LA CÁMARA, “Estudio sobre el pago en metálico de la legítima en el Código Civil”, *Centenario de la Ley del Notariado*, secc. 3ª, vol. I, Madrid, 1964, pgs. 709 y ss.; la cita es de la pg. 751.

⁴³Pgs. 756 y 757.

⁴⁴Pg. 757.

tuvo un papel fundamental en la reforma de los artículos 841 y ss. C.c. por la Ley 11/1981 y con estos antecedentes, no me cabe duda, se favorecería la nueva redacción del 1056.II.

II. ANÁLISIS CRÍTICO.

a) Introducción.

Para intentar resolver las posiciones y cuestiones antes planteadas es necesario, a mi juicio, partir de dos premisas metódicas.

La primera premisa se basa en los antecedentes históricos, pues en tema de legítimas no puede prescindirse de ellos. Sin embargo creo que más importantes que las opiniones antecedentes de nuestros juristas del siglo XVI son las de los que redactaron los preceptos relativos a nuestro sistema legitimario, al igual que la práctica inmediatamente anterior al Código. Entre los grandes autores de la Edad Moderna y los autores del Código hay una "ausencia" jurídico-cultural, que produjo el olvido, cuando no el menosprecio, de los matices de los autores antiguos. Buen ejemplo de ello es que en el siglo XIX no se manejaban directamente las obras de ANTONIO GÓMEZ, sino dos Compendios en castellano a sus Comentarios a las Leyes de Toro y a sus Varias Resoluciones de Derecho Civil y Real. A nuestro entender nos parecen más relevantes para interpretar el Código las opiniones de GARCÍA GOYENA y don BENITO GUTIÉRREZ que las de GREGORIO LÓPEZ o DIEGO DE COVARRUBIAS.

Con la valoración de los antecedentes históricos parece que es difícil sostener el pretendido ascendiente germánico de nuestro Derecho sucesorio, y menos su relevancia en el momento de la codificación. El supuesto germanismo de nuestro Derecho es una idea romántica de cierto sector de la doctrina civilista española de finales del siglo XIX y la primera mitad del XX. La historiografía más moderna ha puesto de relieve que las limitaciones a la libertad de disponer mortis causa se deben a un complejo proceso social de desintegración de la autoridad "estatal", que dio lugar a una economía de subsistencia donde toda la familia era una unidad productiva y de consumo; de ahí que fuera lógico que se entendiera que todos los bienes del padre eran, en realidad, de todo el

⁴⁵Algún autor como ROCA SASTRE llega a decir, manteniendo el tópico germanista, (*cit.*, pg. 186, nota 6) que "rige en Vizcaya un régimen sustancialmente de reserva germánica"; con lo que viene a sostener que un pueblo que apenas fue romanizado, sí fue, en cambio, germanizado, aunque la historiografía ha

grupo familiar⁴⁵. Sólo más tarde, por influencia de la Iglesia, se admitió la posibilidad de disponer de un quinto, a favor del alma. Y ya al comienzo de la Baja Edad Media el renacimiento económico permite de nuevo un mayor margen a la facultad de testar. Para ello se utiliza como mecanismo técnico la olvidada figura de la mejora, consagrada finalmente por las Leyes de Toro de 1505.

Otra cuestión histórica que solo apuntaré brevemente es el desenvolvimiento de la legítima en el propio Derecho romano. En éste, la *portio* o *pars debita* no aparece como una figura pensada por el legislador, sino que, por el contrario, fue surgiendo más bien de la práctica, y poco a poco modificándose por distintas disposiciones imperiales, formando un conjunto abigarrado y poco claro. Y como fuente de mayor dificultad, aparece al final la legislación justiniana, que modifica profundamente la legislación preexistente. Estas normas, sin referencia a práctica judicial alguna, es lo que se encuentran los juristas de la Edad Media⁴⁶.

La segunda premisa metódica que debemos puntualizar es que la llamada “naturaleza jurídica” es una construcción de la pandectística decimonónica, que si bien puede ser útil en algunas cuestiones, en tema de legítimas acaso confunde más que aclara el concepto. Cuando se habla de naturaleza de la legítima se está haciendo referencia a un conjunto de cuestiones y de temas interrelacionados básicamente por el hecho de que son fundamentales para comprender y captar el régimen de la legítima en el Código civil.

Cuál son esos temas o cuestiones no es una opinión pacífica, sin embargo, el artículo 806, que comienza la sección “De las legítimas” nos da un buen punto de referencia inicial. Dice dicho artículo: “legítima es la porción de *bienes* de que el testador *no puede*

demostrado que los visigodos apenas impusieron su autoridad en las Vascongadas.

Resulta difícil creer que un grupo racial, que constituía tan sólo el cinco por ciento de la población, y que estaban previamente romanizados, pudiera cambiar toda la cultura jurídica de una sociedad, y fueran capaces de imponer un nuevo sistema sucesorio.

⁴⁶VALLET, “Observaciones...”, *cit.*, pg. 61, arrastrado por la pasión de la defensa de su tesis, llega a decir que “El sistema de acciones de protección de la legítima no ha sido ningún capricho -ningún capricho arraiga en la historia-, ni una amalgama informe, sino que ha resultado de la misma naturaleza de las cosas”. En cambio, KASER, *Das römische Privatrecht*, 2. Abs., 2. Aufl., München, 1975, § 290, pg. 515, señala que la querela inofficiosi testamenti “muestra desde antiguo destacados defectos de lógica jurídica, tanto en el supuesto de hecho como en las consecuencias jurídicas”.

disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos". Ya dijo hace muchos siglos JAVOLENO que "omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut subverti non potest" (D. 50, 17, 202). La definición que da nuestro legislador en el artículo 806 es, en principio, una propia de un sistema de reserva, como el francés. Sin embargo, como se ha dicho acertadamente⁴⁷, toda la regulación posterior del instituto desmiente esa supuesta definición.

b) Legítima y título de heredero.

Surge como primera cuestión determinar si el legitimario es, en el Derecho del Código civil, necesariamente heredero. Para entender esta posición no hay más remedio que hacer una referencia a los antecedentes históricos. En el Derecho romano post-clásico los hijos y, en su defecto, otros parientes del testador tenían derecho a recibir *mortis causa* una parte del patrimonio del causante que se fijó en 1/4 de la cuota ab intestato, por similitud con la llamada cuarta Falcidia. Esa cuota se podía recibir tanto mediante legado como a título de heredero. Sin embargo, JUSTINIANO elevó la cuota a 1/3, salvo que los hijos fueran 5 o más, en cuyo caso era de 1/2 (Nov. 18, 1 y Auténtica de *treinte et semisse*, incluida en C. 3, 28, 6). Pero, además, en la Novela 115, 3 dispuso que el hijo legitimario debía ser nombrado necesariamente heredero, aunque no fuese en toda su cuota legitimaria. De lo contrario, podía el hijo impugnar el testamento por preterición.

Esta concepción se mantuvo para nuestro Derecho al menos desde la entrada en vigor de las Partidas. Y de ahí que en la práctica se extendiera la expresión "heredero forzoso" para referirse al legitimario, aunque, en sentido estricto, por supuesto, el heredero no era "forzoso", pues el instituido siempre podía repudiar la herencia.

Aunque el Código mantuvo tal denominación para referirse a los legitimarios, creemos, sin embargo, que modificó clara y conscientemente los antecedentes al respecto. Para ello nos basamos en los mismos argumentos que la mayor parte de la doctrina⁴⁸.

Por una parte, el tenor literal del artículo 815, según el que, como ya se ha visto, "el heredero forzoso a quien el testador haya dejado por cualquier título menos de la legítima que le corres-

⁴⁷ROCA SASTRE, *cit.*, pg. 193.

⁴⁸DE LA CÁMARA, "Estudio...", *cit.*, pg. 746, y *Compendio de Derecho sucesorio*, Madrid, 1990, pgs. 172 y 173; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1981, n. 347, pgs. 428 y 429; ROCA SASTRE, *cit.*, pg. 194; VALLET, en los lugares más arriba citados.

ponda, podrá pedir el complemento de la misma". A esto se añaden los comentarios de GARCÍA GOYENA sobre el artículo 645 del Proyecto de 1851, de prácticamente idéntica redacción, cuando dice que "por Derecho Romano y Patrio, para que tuviera lugar la disposición de este artículo, era preciso que lo dejado fuese por título de heredero; faltando este, el testamento era nulo, aunque se dejase íntegra la legítima, ley 30, título 28, libro 3 del Código, Novela 115, capítulo 5, ley 5, título 8, Partida 6: se atendía mas al honor del título, que á la realidad de la cosa, ó al valor de lo dejado. En el caso de preterición puede presumirse ignorancia ó falta de memoria en el testador; en el de este artículo, no: deben, pues, ser diversos los efectos y de mayor trascendencia en el primero que en el segundo caso"⁴⁹.

Por otra parte, las Partidas (es decir, el Derecho Patrio al que se refería GARCÍA GOYENA), siguiendo el Derecho justiniano y la doctrina de la época⁵⁰, no sólo imponían la necesidad de que el legitimario fuera heredero, sino que preveían la posibilidad de que el legitimario fuera pagado con un legado, y las alternativas que tenía entonces el legitimario⁵¹. Conociendo los redactores del Código estas normas y también el Proyecto de 1851 y los Comentarios de GARCÍA GOYENA, parece acertado sostener que, si estos redactores hubieran querido que el legitimario fuera nece-

⁴⁹GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. II, Madrid, 1852, pg. 96.

⁵⁰vid. MONTAGUT Y ESTRAGUÉS, "El testamento inoficioso en las Partidas y sus fuentes", AHDE, 62, 1992, pgs. 239 y ss.

⁵¹V. especialmente Partida 6, 8, 5: "Si el padre, faziendo testamento, dexa a su fijo su parte legitima, si esta parte la dexa como a heredero, e estableciesse en esse mismo testamento a otro, en los bienes otros que ouiesse, o ordenasse dellos en otra manera qualquier; estonce, maguer se querellasse el fijo, non podria quebrantar el testamento. Mas si aquella parte le dexasse en el testamento, non como a heredero, mas como en razon de manda, estonce podria quebrantar tal testamento. E esto se entiende, si el fijo non rescibiesse aquella parte que le era mandada. Ca si la rescibiesse, e non lo protestasse diziendo, que le fincasse en salvo la querella que auia de tal testamento, non podria despues quebrantarlo. Pero si el padre non fiziesse testamento, e partiesse lo que ouiesse entre sus fijos, faziendo codicilo, o alguna escritura, en que mostrasse su voluntad; maguer en tal escritura non dexasse al fijo aquella parte que le mandaua, como heredero, por todo esso non se podria querellar, para quebrantar aquel testamento. Otrosi dezimos, que dexando el padre al fijo alguna cosa en su testamento como a heredero, maguer non le dexasse toda la su parte legitima que deue auer segun derecho, por todo esso dezimos, que non podria quebrantar el testamento; mas podria demandar, que aquello que le menguaua de la su parte que deuia auer, que gelo cumpliesen; e los otros, que son escritos por herederos en el testamento, son tenudos de lo fazer".

sariamente heredero, no hubiesen modificado el Proyecto de 1851 ni previsto las opciones del legitimario cuando hubiese sido nombrado legatario.

Igualmente, "en el Código civil no hay precepto alguno que imponga a los legitimarios la *responsabilidad personal por las deudas u obligaciones del causante*, sino todo lo contrario"⁵².

Además, la necesidad de institución del legitimario como heredero se enfrenta al problema de que éste ya haya sido pagado mediante donaciones. Ante ello se ha dicho que, al igual que el colacionante es heredero aunque no reciba nada de la herencia, también lo es el legitimario⁵³. Sin embargo, esta opinión olvida un aspecto fundamental, cual es que el colacionante siempre es heredero en una cuota, fijada por el causante o por la ley, que es la que determina la cuantía a colacionar. Por el contrario, no se ve bien cómo se puede fijar una cuota hereditaria a quien ya ha recibido en vida todo lo que le corresponde.

c) La vocación a la legítima.

Otra cuestión a tratar es si la legítima es una tercera forma de vocación, junto a la testada y a la intestada. Esto se suele negar, alegando que el legitimario, en caso de preterición intencional y desheredación, entra en la herencia recibiendo su porción ab intestato⁵⁴. Por el contrario, de forma minoritaria, se ha sostenido que el legitimario puede rechazar lo recibido por el testador y reclamar su legítima⁵⁵. E incluso entre los que se oponen a esa forma de vocación se dice que "tanto en la sucesión testada como en la intestada, el legitimario llamado a heredar puede repudiar la herencia conservando entonces su condición de legitimario; y esto por la razón de que no puede considerarse en ningún caso, incluso cuando esté instituido heredero por testamento, que el título hereditario sea expresión de la porción legítima, pues ésta, frente a dicho título, desaparece, y el título de heredero supera todo contenido patrimonial útil"⁵⁶.

A nuestro juicio, en este tema se puede sostener que el fun-

⁵²ROCA SASTRE, *cit.*, pg. 196.

⁵³PEÑA, *cit.*, pg. 883; ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Madrid, 1996, pg. 318.

⁵⁴DE LA CÁMARA, "Estudio...", *cit.*, pg. 745; PUIG BRUTAU, *cit.*, pgs. 9 y 17; ROCA SASTRE, *cit.*, pg. 196; VALLET, "Observaciones...", *cit.*, pg. 41.

⁵⁵GONZÁLEZ PALOMINO, "El acrecimiento en la mejora", AAMN, II, 1944, pg. 541.

⁵⁶ROCA SASTRE, *cit.*, pg. 205.

cionamiento querido por la ley es que ésta impone que el causante, utilizando libremente los mecanismos que el Código le concede, deje un mínimo de bienes a determinados parientes. Por eso, no se puede repudiar un legado que cubra la porción debida y reclamar la legítima. Ahora bien, si el causante, voluntariamente o no, no consigue ese efecto (o no lo hacen las normas ab intestato), es, desde luego, la norma sobre legítima la que, subsidiariamente, llama al legitimario a recibir una parte de los bienes de la herencia. En este sentido, se ha dicho con acertadamente que lo que hay es una concurrencia de títulos sucesorios⁵⁷. Como la ley da preferencia a la voluntad del causante, en principio es al título testamentario al que hay que atender, o, en su defecto, al llamamiento ab intestato; si estos llamamientos no cubren la legítima, entonces el legitimario ha de hacer valer su título para poder entrar en la sucesión.

La postura doctrinal que pretende considerar que el llamamiento en este caso es ab intestato no explica por qué, si se abre parcialmente la sucesión ab intestato, no entran todos los posibles llamados, sino solamente el preterido o desheredado injustamente⁵⁸. Ciertamente es así lo consideraron los juristas romanos y los del Derecho Común, pero no nos parece en el Código que se pueda sostener tal interpretación; una misión de la doctrina, sobre todo en este tema, es explicar el sentido de las normas, y después confrontar la hermenéutica y la finalidad de la norma con la tradición histórica.

De hecho, el problema ya aparecía en el Derecho clásico romano. Si se pretería a un *suus* varón, se producía la nulidad del

⁵⁷PEÑA, *cit.*, pg. 887: "se puede decir que la legítima actúa como una limitación en cuanto el llamamiento forzoso comprime los efectos que, de otro modo, tendrían las disposiciones testamentarias. La Ley más que establecer una nulidad absoluta lo que decide es una colisión de derechos, dando preferencia absoluta al heredero forzoso".

⁵⁸VALLET se opone a este argumento en sus diferentes escritos sobre el tema, alegando la interpretación de los juristas anteriores al Código.

Por su parte, LACRUZ, *Elementos...*, n. 350, pgs. 435 y 436, entiende que "hay tres supuestos... en los que cabe hablar de una verdadera vocación legítima mortis causa, no sólo diversa de la abintestato por el patrimonio que sirve de base para computar las cuotas... y por la imperatividad de las normas que la regulan, sino porque el llamamiento se opera en favor del legitimario perjudicado y no de los restantes sucesores legales y en la medida del perjuicio que sufre, manteniéndose el testamento en lo restante". Según este autor, esos supuestos son el de la acción de complemento, el de desheredación injusta y el de preterición intencional. Le sigue LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *Derecho de sucesiones*, *cit.*, pgs. 317 y 318.

testamento y la apertura de la sucesión ab intestato. Pero si el preterido no era de aquella clase, entonces el legitimario sólo tenía derecho al valor de la cuota que habría recibido ab intestato. Lógicamente, los juristas romanos y los propios comentaristas del Derecho Común tendieron a explicar este segundo caso como el primero, pero es evidente que si verdaderamente se hubiera abierto la sucesión ab intestato hubieran tenido que entrar todos los llamados por este título y no sólo el o los preteridos.

Además, la legislación vigente concede un derecho legitimario al cónyuge viudo, aunque no se le concede en la sucesión intestada si concurre con parientes en línea recta del causante. Sin embargo, doctrina y jurisprudencia están conformes que en el caso de apertura de la herencia ab intestato el cónyuge tiene derecho a su cuota en usufructo. Esta entrada en la sucesión del viudo no puede explicarse sino en virtud de un especial llamamiento de la ley, o sea, en virtud de un llamamiento a la legítima. Igualmente, el Código no regula los efectos de la preterición del cónyuge, con lo que su entrada en la cuota viudal no se puede explicar por un supuesto llamamiento intestado, sino en virtud de la ley legitimaria⁵⁹.

También se ha apuntado en este sentido que el llamamiento de los hijos o descendientes del indigno (artículo 761) "no es un llamamiento testamentario ni puramente supletorio. Es un caso de llamamiento forzoso, sujeto a reglas propias: en la legítima los beneficiarios representan al ascendiente excluido aunque esté vivo, lo cual no es posible... ni en la sucesión voluntaria ni en la sucesión abintestato"⁶⁰.

Prueba añadida a todo lo anterior es que en ningún caso de preterición intencional o desheredación injusta el preterido o desheredado ha de acudir al procedimiento de jurisdicción voluntaria de declaración de herederos ab intestato.

Frente a ello, se suele decir que el Código recoge en el artículo 658 sólo dos formas de sucesión, testamentaria y ab intestato, con lo que queda claro que no hay un llamamiento legitimario⁶¹.

⁵⁹Así, PEÑA, *cit.*, pg. 866, y ESPEJO, *cit.*, pg. 258. En este sentido también, aunque sólo respecto del viudo, DE LA CÁMARA, *Compendio...*, pgs. 177 y 178; lo que nos parece mas dudoso es la afirmación de este autor de que el llamamiento legal es absolutamente directo, de forma que ni siquiera las donaciones al cónyuge se imputan a su legítima.

⁶⁰PEÑA, *cit.*, pg. 870;

⁶¹DE LA CÁMARA, "Estudio...", *cit.*, pg. 745; ROCA SASTRE, *cit.*, pg. 196; VALLET, "Observaciones...", *cit.*, pg. 41.

A nuestro modesto entender, el legislador sólo recogió estas dos formas de llamamiento porque, evidentemente, sus redactores se habían formado en las concepciones de la doctrina anterior, que entendía, conforme a la tradición histórica, que no había propiamente un llamamiento legitimario. Pero, creo que, como he dicho, una cosa son las declaraciones genéricas de la ley y otra el sentido y finalidad de las propias instituciones diseñadas por ella. Si el testador o las normas ab intestato no respetan la legítima, el perjudicado puede ampararse en ese especial título, el de legitimario, para hacer efectivo su derecho.

d) Protección del legitimario frente a actos que dañan su derecho.

1. Una primera cuestión a tratar sería la concesión que el ordenamiento jurídico establece a favor del legitimario de una serie de *acciones dirigidas a la protección de la legítima*.

La doctrina suele distinguir, a efectos de la protección del legitimario, según y cómo se ha producido la infracción legitimaria *cuantitativa*. Así se opina que no es lo mismo la preterición que la desheredación injusta, las que a su vez son distintas de la acción de complemento de legítima o de la de reducción de legados. De ahí se obtienen distintas consecuencias sobre el título por el que el legitimario entra en la sucesión, sobre si la acción es real o personal, sobre el plazo para hacer valer su derecho, ni se puede negar aquí que no es lo mismo, solicitar el complemento de legítima que impugnar una desheredación injusta, etc. Ahora bien, lo que no resulta nada claro es que el título por el que se entra en la sucesión, el plazo de impugnación, el carácter real o personal de la acción, dependa de cómo haya actuado el causante (salvo el problema de las donaciones inoficiosas). La existencia de distintas “*acciones*” de protección de la legítima, con distintos efectos, nos parece una puro arrastre histórico del Derecho Común que no se justifica ni en los textos legales vigentes ni desde el punto de vista de la lógica jurídica⁶².

El legitimario tiene derecho a un valor patrimonial, en principio en bienes del causante, y los efectos de la infracción deben ser siempre los mismos; lo contrario carece de sentido.

En esta línea es indicativa la STS 6-IV-1998 (Ar. 1913), de cuyos hechos resulta que la causante señaló en su testamento que

⁶²Ver, unas páginas mas adelante, la consideración sobre la entrega de legados y sobre reducción de los mismos.

no dejaba nada a uno de sus hijos por haberle donado ya en vida su legítima. No demostrada la existencia de dichas donaciones, la Audiencia declaró nula la institución de herederos en el testamento, mientras que el TS señala que "nos hallamos en presencia, aunque la Sentencia recurrida... no haya logrado captarlo, de una preterición intencional o, en su caso, de una desheredación injusta, cuya calificación puede hacerla esta Sala, en el examen de los presentes motivos, a virtud del principio 'iura novit curia', en cuanto no entraña alteración alguna de la 'causa petendi', preterición intencional o, en su caso, desheredación injusta que ha de comportar que la institución de heredero en favor de doña X deba ser anulada, pero no en su totalidad sino en cuanto perjudique al heredero forzoso intencionalmente preterido o, en su caso, injustamente desheredado". Obsérvese que la sentencia no se pronuncia sobre si hay preterición intencional o desheredación injusta debido a que es *irrelevante* porque los efectos de ambas posibilidades son *exactamente los mismos*. Y como lo que se discute no son los hechos (que sí requieren una diferenciación de cada caso) sino el Derecho, la solución es exactamente *la misma* al considerar únicamente la vulneración de la legítima.

Por el contrario, en el caso de la sentencia 20-II-1981 (Ar. 534), ante una declaración similar de la testadora, pero donde las donaciones -existentes- no cubrían la legítima del donatario, y solicitada la nulidad de las instituciones de heredero por "desheredación tácita", la sentencia de la Audiencia revoca la de primera instancia, que había accedido a lo pedido. El TS rechaza el recurso con el argumento de que "la única acción que corresponde al actor es la de complemento de legítima". La solución nos parece criticable porque lo único que había declarado la sentencia de primera instancia era la nulidad de la institución de heredero en tanto perjudique la legítima estricta del apartado de la sucesión, y entonces es indiferente que la acción la calificáramos como de "desheredación tácita" (evidente incorrección técnica en este supuesto) o como de complemento de legítima; lo que se pedía y los efectos eran, en el fondo, los mismos, y en nuestro Derecho no existe ya, actualmente, un proceso formulario con tipicidad de acciones.

2. Otra cuestión que debe tratarse es el *título por el que entra en la sucesión*. Si el testador deja a su hijo lo que por legítima le corresponda, o si el legitimario no ha recibido lo que por legítima le corresponde, y no hay problema de donaciones inoficiosas, podríamos preguntarnos cuál es título por el que legitimario entra en la sucesión.

Si se le deja lo que por legítima le corresponda, la doctrina suele señalar que se trata de un legado de parte alícuota. Sin embargo, también se ha criticado esta opinión diciendo que “en este caso habrá también un verdadero legado de legítima, que implicará cumplimiento por parte del causante de su obligación legitimaria... como no hay asignación de bienes específicos, pues el causante no hace más que disponer un legado de cuota legitimaria, o sea de la *pars valoris bonorum* que en principio atribuye la ley, la percepción de este valor tendrá lugar en bienes hereditarios”⁶³.

Como ya hemos visto, para el caso de preterición intencional y desheredación injusta se dice que el legitimario entra en la sucesión a título de heredero ab intestato. Si el legitimario no ha recibido su legítima completa, aunque se le haya hecho alguna atribución testamentaria (o ab intestato), la doctrina se divide. Para algunos, la parte que falta se recibe por el mismo título que lo ya atribuido, de manera que si fue instituido heredero el resto se recibe como heredero; si se le concedió un legado, a título de legatario⁶⁴.

Lo cierto es que el problema no está resuelto ni por el Código ni por los antecedentes legales, pues la acción de complemento de legítima se introdujo en un momento muy tardío de la evolución del Derecho romano y los textos del Corpus Iuris no proporcionan una acorde solución. En la doctrina del Derecho Común hubo distintas respuestas, como las hay en la actualidad.

En el caso de la acción de suplemento, ya BARTOLO entendía que la entrada del legitimario suponía una sucesión a título particular, contra la opinión de los que consideraban que se pedía una cuota. Las razones que alegaba eran que la sucesión universal suponía la transmisión de los créditos y las deudas, “sed ista legitima datur aere alieno deducto”; además no se producía el derecho de acrecimiento⁶⁵. Más recientemente, se insiste en que, si la legítima no es una cuota de la herencia, “tampoco podrá serlo su complemento. Ya que se trata de cubrir el déficit de un activo neto calculado con la suma de lo relicto líquido y lo donado, consiguientemente el suplemento no puede consistir en una cuota de la herencia, ni siquiera en una cuota genérica de bienes de la heren-

⁶³ROCA SASTRE, *cit.*, pg. 206.

⁶⁴LACRUZ, *Elementos*, *cit.*, pg. 505; VALLET, “Observaciones...”, *cit.*, pg. 62.

⁶⁵BARTOLO, *In Primam D. veteris Partem*, ed. Venetiis, 1570, lex Pater filium [D. 5, 2, 14], ns. 10 y 11, fol. 163.

cia, sino en uno o varios bienes concretos de ésta o en su equivalente en dinero, en su caso, que deben determinarse y especificarse para su satisfacción"⁶⁶.

A nuestro juicio, la entrada forzosa del legitimario en la sucesión no responde exactamente a los cánones de heredero y legatario⁶⁷. Sin embargo, se ha dicho que "donde hay herencia no hay legítima"⁶⁸, o que "la titularidad de heredero (aunque haya aceptado a beneficio de inventario) elimina la de legitimario... hay una concurrencia de dos causas adquisitivas (*ex duabus causis res eadem nobis adquiritur*), y en su pugna vence la más enérgica, universal y totalitaria, cual es la de heredero, pues éste no puede ser al mismo tiempo *honoratus et oneratus*"⁶⁹.

En primer lugar, ni siquiera el legitimario nombrado heredero es un heredero como cualquier otro, porque puede impugnar actos del causante que otro heredero no podría impugnar: aquellos que perjudican su legítima. Así, actos inter vivos del causante, instituciones condicionales o modales, sustituciones, legados, gravámenes sobre la cuota atribuida (artículo 813, modificado por ley 41/2003, de 18 noviembre), etc. Como dice la STS 3-IV-1962 (Ar. 1847), "la jurisprudencia siempre ha reconocido la legitimación del heredero forzoso para impugnar por simulación absoluta o relativa los actos de su causante, habiendo proclamado la de 19 de enero de 1950 que, como resulta de lo declarado en las sentencias de 11 de octubre de 1943 y 12 de abril de 1944, el hecho de la sucesión con las consecuencias que de él se derivan, no puede impedir a un heredero forzoso impugnar por simulación los actos de su causante, cuanto por tal simulación pueden resultar afectados los derechos legitimarios de aquél, porque en este caso los que le corresponden no derivan de la voluntad del testador sino de la norma legal que se los otorga sin posibilidad de desconocerlos ni

⁶⁶VALLET, *Las legítimas*, cit., vol. 2, pg. 1021.

⁶⁷Dice LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *Derecho...*, cit., pg. 319, que "En cualquier caso, el legitimario tiene un título especial que confiere derechos específicos; ostenta en la sucesión una posición jurídica específica. Con independencia del título de atribución de su legítima, en su condición de legitimario su posición jurídica es igual a la de los demás legitimarios y distinta de la que tienen herederos, legatarios o donatarios no legitimarios. La legítima no es sólo un límite o freno a la libertad dispositiva y distributiva del causante, sino, principalmente, un derecho subjetivo del legitimario, que le permite ejercitar una serie de acciones en nombre y beneficio propio, conforme a su arbitrio".

⁶⁸DÁVILA, "Herederos y legitimarios (donde hay herencia no hay legítima)", RCDI, 1943, t. XVI, 1943, pg. 661.

⁶⁹ROCA SASTRE, cit., pg. 204.

siquiera de disminuirlos”.

Además, su responsabilidad respecto de las deudas, cuando le compete la acción de complemento, tampoco puede ser igual a la de los demás coherederos extraños; al menos, si en el caudal hay bienes suficientes para satisfacer a los acreedores y todavía no se ha hecho la partición, está claro que los herederos extraños empezarán a perder de una porción de su cuota antes que el legitimario heredero. Asimismo, según la mayoría de la doctrina⁷⁰, aunque no haya aceptado la herencia a beneficio de inventario, no responde de los legados sino hasta el límite del perjuicio de su legítima, mientras que el heredero extraño responde ilimitadamente de los legados.

Por otra parte, si el legitimario entra en la sucesión de forma forzosa, está claro que sólo entrará en la medida del activo necesaria para satisfacer su legítima. Y que responda de las deudas parece más que dudoso. Con todo, en la mayoría de los casos en que el legitimario entra forzosamente en la sucesión no tendrá la posesión de los bienes hereditarios, y ya señala el artículo 1021 C.c. que “el que reclame judicialmente una herencia de que otro se halle en posesión por más de un año, si venciere en el juicio, no tendrá obligación de hacer inventario para gozar de este beneficio, y sólo responderá de las cargas de la herencia con los bienes que le sean entregados”.

La conclusión que podría obtenerse de la no responsabilidad por las deudas es que entonces la sucesión forzosa del legitimario es a título singular y no universal; conclusión, en principio, lógica. Por ello, se dice que “el legatario a quien el testador deja lo que por legítima le corresponde es un legatario de parte alícuota”⁷¹.

Sin embargo, la posibilidad del legado de parte alícuota es una cuestión discutida en nuestro Derecho vigente. Desde luego, su aparición y desarrollo se debe a razones de oportunidad en cada momento histórico. En Derecho romano (p. ej., D. 28, 6, 39 pr.) surgió como medio de evitar la *lex Voconia*, que impedía a quien tenía un patrimonio superior a los 100.000 ases el nombramiento como heredera de una mujer⁷²; y además, probablemente, para evitar al heredero la responsabilidad por los *sacra familiaria*, o sea, el culto a los dioses

⁷⁰DE LA CÁMARA, “Estudio..., *cit.*”, pg. 754, nota 60, pf. 2, al final; ESPEJO, *cit.*, pg. 344; LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, Barcelona, 1976, pgs. 161 y 162; ROCA SASTRE, *cit.*, pg. 197, nota 44.

⁷¹DE LA CÁMARA, “Estudio..., *cit.*”, pg. 754; Díez-Picazo/Gullón, *cit.*, pg. 420.

⁷²Biondi, *Successione testamentaria. Donazione*, Milano, 1943, pgs. 444 y 445; Voci, *Diritto ereditario romano*, II, 2ª ed, Milano, 1963, pg. 343.

familiares⁷³.

Por su parte, en la España de la Edad Moderna se utilizó el concepto de legado de parte alícuota para identificar la situación del mejorado por testamento en el tercio o quinto, o en ambos; las razones fundamentales eran que la Ley 21 de Toro admitía que el mejorado pudiera repudiar la herencia y aceptar la mejora (cf. artículo 833 C.c.), y que la ley 24 disponía que la nulidad del testamento por preterición o desheredación no dejaba sin efecto la mejora. Así, ANGULO consideraba que "fit autem apud nos melioratio quandoque in contractu, quandoque in testamento. Et quidem quando fit in testamento alteri ex haeredibus scriptis nihil aliud est quam praelegatum, id est, legatum relictum alteri ex haeredibus... ita quaestiones, quae in iure solent circa praelegata controverti, poterunt etiam servatis servandis applicari ad hanc meliorationem testamento alteri ex filiis haeredibus relictam, sive fit quotae bonorum, sive rei, aut quantitatis certae"⁷⁴.

A nuestro juicio, el legado de parte alícuota no tiene cabida en nuestro actual sistema sucesorio. No hay ninguna necesidad que justifique tal figura ni el Código civil la contempla. Y si bien es verdad que la voluntad del causante es factor fundamental en la sucesión, lo que no admite el Ordenamiento es que la calificación de las instituciones y de las figuras jurídicas quede a la libre voluntad de las palabras del disponente, en perjuicio de acreedores y, a veces, del propio instituido⁷⁵.

Por lo demás, aunque se admitiera el legado de parte alícuota, el legitimario nunca lo sería, pues si se dice que tal legatario no tiene derecho a los frutos de la masa, sino sólo un crédito contra ella, este no es el caso del legitimario.

Por tanto, la clave estará en, prescindiendo del método de inversión, determinar la solución de algunos problemas concretos,

⁷³KASER, *Das römische Privatrecht*, 1. Abs., 1955, § 184, I, 2, pg. 622; D'ORS, *Derecho privado romano*, 4ª ed., Pamplona, 1981, § 306, nota 2, pg. 371.

⁷⁴ANGULO, *Commentaria ad leges Regias meliorationum*, titu. 6 libr. 5, Madrid, 1592, rubrica, 18. En sentido similar, GÓMEZ, *Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauris*, con Adiciones de Gómez Cornejo, Salamanca, 1593, 24, 3, decía, a propósito de la mejora en testamento, "quod praedicta melioratio valeat et teneat, et non irritetur rupto vel annullato testamento ex praedictis causis exheredationis vel praeteritionis. Cuius ratio est, quia talis melioratio potius censetur praelegatum, quam institutio universalis".

⁷⁵cfr. MESTRE RODRÍGUEZ, *La interpretación del testamento. Notas a la regulación del Código civil*, Murcia, 2003.

y a partir de ahí intentar establecer una regla de alcance general. Así, a efectos de usucapión hay que decidir si el título legitimario es un justo título, como lo es el de legatario, o bien si el legitimario se coloca a este respecto en la misma posición del causante, en cuyo caso no tiene más título que el que tuviere aquél. A nuestro juicio, la idea que late en la legislación desde el Derecho romano es que el legitimario es, de algún modo, un sucesor natural del causante, y por eso tradicionalmente se consideraba, cuando se ejercitaba la *querella inofficiosi testamenti*, que sucedía universalmente ab intestato; de manera que el legitimario que entra forzosamente en la sucesión no tiene un justo título para usucapir, sino sólo el título que tuviera su causante.

En cuanto a las ventajas posesorias que protegen al heredero, como la acción de petición de herencia o el llamado interdicto de adquirir (juicio verbal) (artículo 250.1.3º Lec), también hay que decidir si las disfruta el legitimario que entra forzosamente en la sucesión. A nuestro juicio es evidente que sí.

En el caso de que lo adjudicado (en virtud de la acción de reducción de legados) al legitimario sea un crédito, es necesario saber si ha habido cesión del mismo, como en el legado de crédito (artículo 870 C.c.), o no. La cuestión es fundamental para conocer las excepciones que el deudor puede oponer al nuevo acreedor, como la compensación (artículo 1198 C.c.). A nuestro entender, en este caso no hay verdadera cesión de crédito, con lo que el cedido podrá oponer la compensación en toda su amplitud al legitimario, sin las limitaciones reguladas en el Código.

A la vista de estas y otras cuestiones que se podrían plantear, podemos decir que, desde el punto de vista activo, la situación del legitimario que entra forzosamente en la sucesión se aproxima más a la de un heredero que a la de legatario, regla que ha de servir de forma subsidiaria para solucionar los casos más difíciles⁷⁶. Como hemos dicho, ya en el Derecho romano clásico estaba latente esta entrada como heredero, fuera o no realmente consecuen-

⁷⁶ESPEJO, *cit.*, pgs. 361 a 363, concluye su estudio señalando que “Si hay que optar por una configuración jurídica de la figura, probablemente la referencia correcta sea la de heredero, pues siempre tiene la ventaja sobre la concepción de la legítima como pars bonorum de incorporar un régimen jurídico supletorio para los casos controvertidos”; la legítima “otorga al legitimario una posición jurídica en la sucesión no asimilable a ninguna otra, pero con fuertes similitudes a la del heredero”.

cia de la apertura de la sucesión ab intestato⁷⁷. Igualmente, no puede tener otra explicación que el artículo 820 C.c. dé por supuesto que se reducen las instituciones de heredero antes que los legados y demás disposiciones testamentarias, aunque el heredero normalmente presumiblemente estará más cercano en el afecto del testador que el legatario. El Código está presuponiendo que los herederos hacen un hueco al legitimario que no ha recibido lo que por legítima le corresponde⁷⁸.

En suma y conclusión, entiendo que el legitimario que entra forzosamente en la sucesión, lo hace en la misma posición que el causante, aunque, desde luego, le falta el carácter expansivo del título de heredero.

3. Además de las cuestiones tratadas anteriormente, creo necesario referirme a la *protección real del legitimario y plazo de prescripción*.

En cuanto a si la protección del legitimario es real o personal, sólo aludiré en principio a las disposiciones testamentarias. Las dudas de la doctrina al respecto son enormes. Bastaría leer estas palabras de LACRUZ: "hay algo, al menos, evidente: la acción (de suplemento) no puede tener efectos inferiores a la de reducción

⁷⁷Señala KASER, *Das römische Privatrecht*, 2. Abschnitt, 2. Aufl., München, 1975, pg. 465, que "un caso particular de vulgarismo es la transferencia del concepto Falcidia de la cuarta hereditaria, que se reserva al heredero sin cargas de legados, a la cuarta legitimaria, que debe ser concedida a los herederos intestados más cercanos. Tras este cambio de significado se esconde la concepción de que estos parientes más cercanos son los 'verdaderos' herederos, a los cuales se les debe reservar una cuota de la herencia incluso contra la voluntad del testador".

⁷⁸En este sentido, ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Madrid, 1996, pg. 205, frente a la opinión de LACRUZ de que la reducción primera de la institución de heredero pone de manifiesto el aspecto crediticio de la legítima, señala que "probablemente se puede decir, en este caso, con más fundamento, que los herederos soportan preferentemente el suplemento de la legítima en razón de que el título de legitimario, cuando no es plenamente cubierto por el testador, se manifiesta como título hereditario, concurrente, por tanto, con el de los demás herederos". En la misma línea, opina LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, "Algunos problemas de la preterición no intencionada de los hijos o descendientes", RCDI, t. 64, 1988, pg. 381, que "sólo admitiendo esa cualidad de heredero, latente en el legitimario, puede entenderse la reducción prioritaria de la institución".

Por el contrario, ANTONIO GÓMEZ, *Variae Resolutiones Iuris Civilis, Communis et Regis*, ed. Ludguni, 1701, XI, 23, opinaba, respecto de la acción de suplemento, "quod tale supplementum legitimae potest peti contra haeredem et legatarios pro rata".

de donaciones. Por tanto, *como mínimo* tiene la eficacia de una rescisoria. A partir de ahí, el *plus* de realidad que pueda tener es un tema implicado en el de la llamada 'naturaleza' de la legítima, es decir, a resolver con los argumentos generales allí aducidos"⁷⁹. En cualquier caso la *realidad* de las acciones de suplemento y reducción es más intensa, sin duda, mientras la herencia se halle indivisa o los legados sin entregar, y más cuestionable después. O sea, "antes de la división, la acción de suplemento se resuelve, al parecer, en una redistribución de cuotas sobre una masa indivisa, quedando en la sombra su aspecto reivindicatorio: dígase lo mismo para la reducción de legados, que no habiéndose entregado ni salido de la posesión de los herederos, se hallan afectos al pago de las deudas hereditarias, y por tanto también al de las legítimas. Mas una vez repartida la herencia y entregados los legados, el derecho del legitimario, distinto de la cotitularidad general sobre el relictum y más semejante a un derecho de garantía, acaso ya no afecta a la individualidad de los bienes que fueron del causante"⁸⁰.

En cuanto al plazo de ejercicio de la acción, considera el mismo LACRUZ que depende de su naturaleza, "y por tanto será el de quince años si se acepta su naturaleza personal, y el de treinta si la real. Cabría, incluso, mantener, sobre la base de ser el derecho del legitimario más semejante a uno de garantía que a uno de propiedad, la aplicación, en tema de prescripción extintiva, del artículo 1964 en su primera parte, es decir, de la prescripción de veinte años por analogía con la de la acción hipotecaria"⁸¹.

A propósito de esta cuestión, volvemos a insistir en que no estamos de acuerdo con las opiniones que hacen depender el carácter real o personal de la acción según el modo en que se haya infringido la legítima (desheredación injusta, cuantía inferior a la legal -acción de complemento-, preterición intencional). No tiene sentido tratar de forma desigual casos que básicamente han producido el mismo efecto -la falta de respeto del derecho del legitimario-. Pretender lo contrario nos parece puro arrastre histórico sin justificación o sentido en el momento actual⁸².

⁷⁹LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1981, Pero en el n. 347 bis, pgs. 429 y ss., no resuelve tampoco definitivamente la cuestión.

⁸⁰LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1981, n. 383, d), pg. 505.

⁸¹LACRUZ, *Elementos...*, n. 383, f), pg. 506.

⁸²En este sentido, señalan DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *cit.*, pg. 440, respecto de la acción de complemento que "en el fondo, la acción que ejercita el legitimario es una acción de reducción de disposiciones testamentarias que lesionan su legítima (art. 817). Quizá por ello no sea aventurado deducir que tal acción de

Ya hemos expuesto que cierto sector de la doctrina se refiere a la legítima como *pars valoris bonorum*, y que, por tanto, su protección conllevaría un gravamen real al modo de la hipoteca. Esta postura, como el propio ROCA SASTRE reconoce, tiene sus raíces en el Derecho Común, donde algunos autores consideraban "la legítima como *obligatio rei* u *onus reale*, protegido por una *actio in rem scripta* o garantizada con una *tacitam hypothecam*"⁸³. Igualmente, se ha defendido por VALLET para el Derecho vigente que, en el caso de la acción de complemento de legítima, estaríamos ante una acción *in rem scripta*⁸⁴.

Ciertamente, un gran número de autores de la Edad Media y Moderna consideraron que el legitimario tenía una acción *in rem scripta* para reclamar su derecho⁸⁵. No obstante, tal supuesta acción es un "constructo" de la doctrina sin apenas base textual, del que usaron y abusaron los juristas medievales y de la Edad Moderna. La expresión aparece una sola vez en el Corpus Iuris, para referirse a la *actio quod metus causa* (D. 4, 2, 9, 8), a la que se llama *in rem scripta* porque, a pesar de ser una acción personal, podía dirigirse contra la persona que en ese momento se encontrara en posesión de los bienes, aunque fuera un tercero no causante del *metus*. Con todo, la romanística moderna está de acuerdo con que la expresión carecía de significación técnica⁸⁶.

Pero los intérpretes de los textos justinianeos construyeron sobre este supuesto concreto una figura técnica: "quaedam (algunas) denique (en suma) sunt actiones personales in rem scriptae, quae respectu ipsius contractus, vel quasi, maleficii, vel quasi, ex quibus oriuntur,

complemento carece de sustantividad e individualidad propia". En la misma línea, LASARTE, *cit.*, pgs. 302 y 303, y LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *Derecho...*, *cit.*, pg. 375.

⁸³ROCA SASTRE, *cit.*, pg. 203.

⁸⁴VALLET DE GOYTISOLO, *Las legítimas*, vol. 2, *cit.*, pg. 1031.

⁸⁵Entre los españoles, baste cita a ANTONIO GÓMEZ, *Variae Resolutiones...*, *cit.*, cap. XI, 23: "istud supplementum petitur conditione ex illa l. omnimodo [C. 3, 28, 30], quae est actio personalis; vel in rem scripta"; y CANCER, *Variarum Resolutionum Iuris Cesarei, Pontificii et Municipalis Principatus Cathalauniae*, ed. Ludguni, 1683, 1, 3, 31: la acción era "in rem scripta, cum debeat de substantia testatoris: et ideo dicitur onus reale, et sequitur res hereditarias".

⁸⁶KASER, *Das römische Privatrecht*, 1. Abs., München, 1955, § 59, pg. 213, nota 22: "Keine technische Bezeichnung"; D'ORS, *Derecho privado romano*, 4ª ed., Pamplona, 1981, § 80, pg. 122. En el mismo sentido, con detenimiento, DU ROI, "Noch einige Bemerkungen über actio in rem und actio in personam, jus in re und obligatio", AcP, 6, 1823, pgs. 252 y ss., y 386 y ss. (sobre el asunto, § 19, pgs. 410 a 412).

dicuntur personales, at vero (pero) quia (porque) competunt contra quemcunque possessorem, vel detentatorem, dicuntur in rem scriptae, ut actio ad exhibendum, quae ex quasi ex contractu oritur, et sic est personalis, sed quia competit contra possessorem quemcunque, dicitur in rem scripta”⁸⁷.

A nuestro juicio, aplicar estas construcciones al Derecho vigente no resulta totalmente acertado. Por una parte, nuestro Código civil no conoce ese *tertium genus* que era la acción *in rem scripta*. Por otra parte, si se le quiere asimilar a la hipoteca, hay que poner de manifiesto que ésta, desde el punto de vista sustantivo, no es sino un privilegio crediticio con efecto frente a terceros; es decir, que aunque el bien haya salido del patrimonio del constituyente, el bien sigue afecto a la ejecución en garantía del crédito. Por ello, si el bien sale del patrimonio del constituyente, la preferencia (fuera de los procesos concursales) vendrá determinada por las preferencias en el nuevo patrimonio. Así, si el nuevo propietario es empresario, los créditos de los trabajadores son preferentes en los términos establecidos en el artículo 32 Estatuto Trabajadores.

Y, en fin, la Ley Hipotecaria de 1861 eliminó todas las hipotecas generales y tácitas, salvo excepciones, entre ninguna de las cuales se encuentra una a favor del legitimario.

Por otra parte, el plazo no sería, como se ha propuesto, de veinte años, pues, como la doctrina más autorizada ha puesto de relieve, la hipoteca no se superpone al crédito, de manera que el plazo de prescripción seguirá siendo de quince años. Lo que quiere decir el artículo 1964 es que las interrupciones de la prescripción en la relación acreedor-deudor no perjudican al tercero titular de la finca, que en todo caso puede tener por prescrita la acción pasados veinte años⁸⁸. Y tampoco sería de treinta años, como defiende VALLET⁸⁹, apoyándose en

⁸⁷OINOTOMUS (Johann Schneidewein), *In quattuor Institutionum Imperialium Iustiniani Imp. Libros, Commentarii*, ed. Venetiis, 1619, libro 4, § Omnium [Inst. 4, 6, 1], n. 10, pg. 357. Por su parte, BARTOLO (*In Primam D. novi Partem*, ed. Venetiis, 1570, lex Si quis prius -D. 39, 3, 6, 4-) añade la actio de aqua pluvia arcenda: “Haec actio est personalis scripta in rem, et ideo pro damno futuro ad singularem successorem transit”; le sigue, p. ej., RAFAEL CUMANO, *Commentaria in prima parte D. novi*, ed. Venetiis, 1500, lex Si quis prius. Considera también in rem scripta la actio rescissoria, PETRUS DE BELLAPERTECA (Pierre de Belleperche), *In libros Institutionum Divi Iustiniani Sacratiss. principis, Comentariorum*, ed. Ludguni, 1536, libro 4, n. 41, pg. 514.

⁸⁸cfr. GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Prescripción de la acción hipotecaria”, *Homenaje Díez-Picazo*, t. III, Madrid, 2003.

⁸⁹VALLET, *Las legítimas*, cit. t. II, pg. 1033.

su configuración como acción *in rem scripta*, lo que le lleva a definirla como acción mixta, pues ya la doctrina que reconocía aquella supuesta acción la diferenciaba con claridad de la mixta: "et differunt personales in rem scriptae a mixtis, quia mixtae non competunt contra quemcumque possessorem, sed solum inter eos, qui rem habent communem"⁹⁰.

Igualmente, nos resulta confusa la continua apelación de la doctrina a la reserva legítima que señala el artículo 806.

La doctrina que acude a este expediente rechaza que nuestro sistema sea de reserva, pero luego lo alegará para defender la posición del legítimario en ciertos casos. Así, se dice que "el Código civil *no defiere* al legítimario, directamente, una cuota de la herencia, sino que sólo *reserva a su favor* una parte del patrimonio hereditario líquido. Ésta es... la "porción de bienes reservada" de que habla el artículo 806. En principio, la cuota reservada se refiere a todos y cada uno de los bienes que integran el patrimonio hereditario, ya que no cabe referirla a bienes determinados"⁹¹. De modo que cuando el causante atribuye bienes en concreto al legítimario (mediante legado o por partición del testador) hay una sustitución de la cuota reservada por dichos bienes⁹². De esta concepción se pretende deducir, p. ej., el carácter real de las acciones competentes al legítimario, la posesión civilísima del legatario legítimario, su facultad de instar el juicio de testamentario, una especie de cotitularidad sobre el caudal relicto cuando la legítima se ha de satisfacer en metálico, etc.

No nos parece acertado la justificación para sostener el carácter de bienes reservados a favor del legítimario. Más bien nos parece fuente de confusiones. En nuestro Derecho no hay, en general, reserva, ni bienes reservados, sino una importantísima concesión al causante para que deje a los suyos lo que les corresponde en los bienes y bajo el título que estime conveniente. No vale decir que es posible que el legítimario pueda ser pagado en metálico y que a la vez haya una reserva "planeando" sobre el caudal hereditario, reserva que sería un derecho de garantía (lo que ya hemos rechazado), o de lo contrario no se sabe muy bien qué es.

De todo lo dicho hasta ahora podemos concluir que el legítimario al que no se la ha dejado lo que le corresponde entra a for-

⁹⁰OINOTOMUS, *op. et loc. cit.*

⁹¹DE LA CÁMARA, "Estudio..., *cit.*", pg. 792.

⁹²DE LA CÁMARA, "Estudio..., *cit.*", pg. 794. V. también ESPEJO, *cit.*, pgs. 318 y 332; VALLET, *Las legítimas, cit.*, vol. 1, pgs. 205 a 207. Cfr. PUIG BRUTAU, *cit.*, pg. 16.

mar parte de la cotitularidad del activo o bienes de la herencia. Y si esto es cierto, ha de serlo por fuerza el que su protección sea de carácter real, precisamente porque es cotitular. Y si lo que se produce es una reducción de legados, una vez impugnado el testamento éstos quedan ineficaces y lo legado pasa al legitimario como pleno titular.

En cuanto al *plazo de ejercicio* de la acción, el Código no dice nada, pero también nos parece equivocado deducir del carácter real de su derecho que el plazo sea de treinta años, como algunos han querido ver. Así, por ejemplo, en caso de contrato celebrado con vicio del consentimiento, el plazo de impugnación es de cuatro años, pero impugnado en ese plazo con éxito, el contratante puede dirigirse mediante acción reivindicatoria contra cualquier subadquirente del bien (a menos que se haya producido usucapión, o cualquiera de los supuestos que protegen la apariencia jurídica a los adquirentes de buena fe).

Otros autores defienden la aplicación del plazo de treinta años de la acción de petición de herencia⁹³. La verdad es que tal acción de petición no está regulada en el Código civil, sino tan sólo mencionada en dos artículos (192 y 1016) y tampoco la Lec, ni la antigua ni la nueva, hace referencia a ella⁹⁴. En cualquier caso, lo que está claro es que la acción de petición de herencia, de existir, sólo puede dirigirse contra los que posean la herencia a título de heredero, pero no contra terceros que han adquirido de los herederos aparentes.

A nuestro entender, la entrada forzosa del legitimario lo que plantea es un problema de concurrencia de títulos adquisitivos (testamento, normas ab intestato, normas sobre legítimas), en el que es necesario poner de manifiesto la preferencia del último mencionado sobre los otros, normalmente el testamento. Por ello, creemos que el plazo para hacer valer el título adquisitivo es el de impugnación del aparente, que, siendo normalmente un testamento, habrá de tener el plazo de impugnación de éste, que la jurisprudencia reiteradamente fija en quince años.

Y, por supuesto, ese plazo de impugnación no impide que al menos los terceros subadquirentes puedan alegar la usucapión de

⁹³PEÑA, *cit.*, pgs. 887 y 888; ESPEJO, *cit.*, pgs. 218 y 241.

⁹⁴La Lec vigente regula sólo el antiguamente llamado interdicto de adquirir, señalando en el art. 250.1.3º que "Se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas... que pretendan que el tribunal ponga en posesión de bienes a quien los hubiere adquirido por herencia si no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario".

buena o mala fe (si se trata de muebles), o cualquier otra forma de adquisición de quien no es dueño de las que regula nuestro Derecho.

Con todo, una buena parte de la doctrina opina que, en cuanto a la reducción de los legados, el plazo ha de ser de cuatro años, por analogía con la acción de reducción de las donaciones. Según VALLET, "se trata de una acción personal, en cuanto se dirige contra el legatario o contra el tercer poseedor, que están legitimados pasivamente en cuanto se hallan obligados a la prestación de restituir lo que por inoficioso sea suprimido o reducido... Si se acepta que se trata de una acción personal, como acabamos de recoger, habrá que aplicarse el plazo de quince años correspondiente a éstas. Y si se parte de su carácter rescisorio, se llega a la conclusión de que el plazo de prescripción es el cuatro años"⁹⁵.

A nuestro juicio, la acción para exigir la restitución de lo legado no puede ser personal, al menos como la plantea VALLET. El legitimario, reconocido su derecho sobre bienes del caudal hereditario, se convierte en (co)titular de éstos con eficacia retroactiva, y entonces la disposición testamentaria era inválida y también la entrega de lo que no correspondía al supuesto legatario. Por eso, se podrá dirigir contra el subadquirente del legatario.

En cuanto al plazo, creemos que falta la identidad de razón con las donaciones inoficiosas para considerar que es de cuatro años. Como se ha dicho acertadamente por DE LA CAMARA, "mientras el legado no surte efectos durante la vida del testador, la donación sí. Aunque el Código dice que nadie puede dar por donación más de lo que puede dar por testamento (artículo 636), esta prohibición no es de actuación posible en el momento en el que el acto empieza a producir efectos. Los presuntos legitimarios pueden no consolidar su derecho (sólo expectante durante la vida del testador). Hasta que el testador muere, su patrimonio no queda fijado definitivamente a los efectos de calcular cuál es la parte de legítima y la de libre disposición. No es desacertado, pues, que el legislador no quiera reconocer trascendencia frente a terceros a una acción que se dirige a impugnar un acto eficaz "ab initio". El

⁹⁵VALLET, *Las legítimas*, vol. 2, *cit.*, pgs. 1107 y 1108; LACRUZ, *Elementos...*, *cit.*, n. 384, pg. 507 señala que "su aspecto [de la acción de reducción de legados] rescisorio cobra mayor relieve cuando la reducción se practica una vez satisfechos los legados". Parece que para RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, *cit.*, pgs. 736 y 740, normalmente el plazo de las acciones protectoras de la legítima es, cualquiera que sea la disposición a impugnar, 4 años, por tratarse de una acción rescisoria.

legado, en cambio, sólo despliega sus efectos al morir el testador y nace a la vida jurídica oficioso o inoficioso. Las razones prácticas que aconsejan un tratamiento especial para la reducción de donaciones no son válidas referidas a la reducción de legados⁹⁶.

4. *La protección del legitimario* también debe ponerse inconnexión con *la entrega de legados*. De la supuesta reserva del artículo 806 deducen algunos autores también que no es posible entregar los legados dispuestos por el causante sin consentimiento de los legitimarios, aunque estos no hayan sido instituidos herederos.

Esta opinión se basa sobre todo en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Ya en la antigua Resolución de 7 de abril de 1906⁹⁷, en un caso en que el testador había legado a su cónyuge ciertas fincas, nombrado herederos a sus hijos, y designado a dos extraños albaceas contadores-partidores con la facultad de entrega de los legados. Autorizada la escritura de entrega, el Registrador negó su inscripción por “no justificarse por medio de la oportuna liquidación de la herencia de D. X, que el legado de cuya entrega se trata cabe dentro del tercio de libre disposición de la misma; y en caso de no haberse practicado dicha liquidación, no concurrir los herederos si son mayores de edad, ó sus representantes legítimos si son menores, á prestar su conformidad con el legado”. La Dirección General resolvió que “aun cuando la entrega de los legados puede hacerse por los albaceas, si éstos se hallan autorizados para ello por el testador, por permitirlo así el artículo 885 del propio Código, para que aquélla pueda tener lugar, debe preceder liquidación y partición general de la herencia, porque solamente de este modo puede saberse si dichos legados se hallan dentro de la cuota de que puede disponer el testador, y no se perjudica, por tanto, la legítima de los herederos forzosos, ó si ha de procederse á su reducción en la forma indicada, á no ser que los expresados herederos concurren también á la entrega ó manifiesten su conformidad con que ésta se efectúe sin cumplir dicha formalidad”. El mismo considerando se repite en la Resolución de 27 de febrero de 1982⁹⁸, y de modo similar se pro-

⁹⁶DE LA CÁMARA, “Estudio...”, *cit.*, pg. 816. Añade ESPEJO, *cit.*, pg. 221, que “esa concepción conduce al establecimiento de un plazo de prescripción diferente y más breve al de la acción de suplemento, lo cual no parece admisible si se está defendiendo el mismo derecho”.

⁹⁷*Anuario*, 1906, pgs. 335 a 338.

⁹⁸*Anuario*, 1982, pgs. 15 a 19

nuncia la Resolución de 20 de septiembre de 1988⁹⁹.

La anterior doctrina no nos parece la más correcta, y por varias razones.

En primer lugar, el Registrador sólo puede calificar por lo que resulte de los documentos presentados y de los asientos del Registro (artículo 18 LH); en ninguno de los casos discutidos, lógicamente, resultaba de tales documentos que no se había respetado la legítima. En este sentido dispone el artículo 81 RH que "la inscripción a favor del legatario de inmuebles específicamente legados se practicará en virtud de:... c) Escritura de entrega otorgada por el legatario y contador-partidor o albacea facultado para hacer la entrega o, en su defecto, por el heredero o herederos". Como decía el auto del Presidente de la Audiencia precedente a la Resolución de 7 de abril de 1906, "tratándose, cual sucede en este caso, de herederos mayores de edad, ínterin no soliciten y obtengan en forma la reducción del legado en lo que pueda tener de inoficioso, es válida y eficaz la entrega del mismo, verificada por el albacea, careciendo el Registrador de competencia para hacer la declaración de inoficiosidad bajo la mera posibilidad ó presunción de que ésta pudiera existir".

Igualmente, si la finalidad de negar la inscripción es proteger un eventual perjuicio legitimario, con más razón tendrían que comprobar los Registradores que se había satisfecho a los acreedores del causante, porque de lo que nadie duda es que éstos son preferentes sobre los legitimarios.

De manera que lo natural es que, si un legitimario se considera perjudicado por la entrega de un legado, lo que debe hacer es impugnar el testamento y, si quiere, solicitar anotación preventiva de demanda (artículo 42 LH). Como decía el notario que interpuso el llamado recurso gubernativo en la citada Resolución de 20 de septiembre de 1988, "el derecho del legitimario a impugnar la partición para su rescisión no queda conculcado por el hecho de que la misma no se refleje en la escritura de entrega, ya que a través del procedimiento judicial adecuado, el legitimario puede impugnar no sólo la partición, sino además, la manifestación del albacea.... Que negar validez a la actuación del albacea por no 'acreditar' que ha realizado la partición puede también derivar en negar validez a su actuación cuando haga la partición y 'no acredite' que no existen más bienes del causante".

⁹⁹Anuario, 1988, pgs. 282 a 286

Además, en el recurso del Notario en la Resolución de 27 de febrero de 1982 se pone de manifiesto que “la nota que se recurre, al exigir la intervención de herederos y legatarios, ignora que tal otorgamiento es inviable, ya que uno de los herederos quedó reducido a su legítima estricta, razón por la que se viene negando reiteradamente a tal otorgamiento”. Como ya hemos señalado anteriormente, es el legitimario que se considere perjudicado el que tiene que impugnar el testamento (o la aplicación de las normas ab intestato), y no el legatario el que tiene que reclamar la validez de las disposiciones del causante para que estas produzcan sus efectos.

En fin, la clave está en considerar que la partición es un proceso de liquidación del patrimonio hereditario, pero como se verá en el punto siguiente, tras las nuevas Leyes de Enjuiciamiento Civil y Concursal, creemos que resulta evidente que no es así; es decir, que la partición no es un proceso de liquidación del patrimonio hereditario.

e) La legitimación para instar el proceso de división de herencia.

Hay un último punto que quiero analizar, pues entiendo que es fundamental. Se trata de la legitimación del “heredero forzoso” para instar o intervenir en el actual proceso de división de herencia (arts. 782 y ss. Lec). La doctrina, tradicionalmente, ha venido defendiendo esa legitimación como medio del heredero de controlar la composición del activo y pasivo de la herencia.

El actual artículo 782.1 Lec. enumera entre los legitimados para instar el proceso de división a los herederos y legatarios de parte alícuota. En cuanto a los acreedores del causante, no podrán instar el proceso, salvo que estén reconocidos como tales en el testamento, o por los coherederos, o tengan su derecho documentado en un título ejecutivo (artículo 782.3 y 4 Lec.). Finalmente, los acreedores particulares de los coherederos “podrán intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos” (artículo 782.5 Lec.).

Como se ve, los legitimarios *no aparecen* por ninguna parte. Es evidente que la falta de indicación procede de la anterior Lec de 1881, y en ella no hacía falta mencionar a los legitimarios porque, según el Derecho entonces vigente (en lo básico, Leyes de Toro y Partidas), el legitimario tenía que ser nombrado heredero necesariamente, *velis nolis*.

Ahora bien, tras la promulgación del Código civil de 1889, el

legitimario no tiene que ser instituido heredero, de manera que no siempre había de gozar de legitimación para instar el proceso que consideramos. No obstante, la mayoría de la doctrina siguió defendiendo esa facultad, apoyada de forma más o menos consciente en la idea de que la partición era un proceso no sólo de división, sino *también* de liquidación del patrimonio hereditario en el que siempre podía intervenir el legitimario con el fin de salvaguardar sus derechos. Así se decía que "parece indudable que el legitimario, aunque no haya sido instituido heredero ni nombrado legatario de parte alícuota tiene posibilidad de *accionar el juicio de testamentaría y de participar en la partición de la herencia* si el testador no la hubiese verificado por sí mismo o encomendado a contador partidor. Razones: El legitimario, aunque no haya sido nombrado heredero, está directamente interesado en la partición. Esta, antes de la adjudicación a los herederos de los bienes a partir, requiere una serie de operaciones previas de valoración, computación e imputación y, en su caso, de reducción de donaciones, legado y mejoras. No es aceptable que dichas operaciones puedan verificarse unilateralmente, sin el concurso de una de las partes interesadas, como lo es el legitimario que no sea heredero... Si la legítima es 'pars bonorum' debe concretarse en bienes hereditarios de un valor que cubra la cuota legalmente reservada. Por eso los herederos no pueden por sí solos, sin intervención de los legitimarios-legatarios, adjudicarse los demás bienes sin comprobar, de acuerdo con dichos legitimarios, que no invaden parte alguna de la cuota reservada a éstos"¹⁰⁰.

E incluso se opinaba que los legitimarios han de contar entre el cincuenta por ciento necesario para solicitar el contador partidor dativo del artículo 1057.II C.c.¹⁰¹

Aquel carácter liquidador el juicio de testamentaría o ab intestato era, desde luego, discutible. En cualquier caso, a nuestro juicio, tal configuración liquidadora *ha desaparecido* casi completamente en la nueva legislación. El único residuo que permanece es la facultad de ser promovido por ciertos acreedores, y a los únicos efectos de que no se repartan los bienes a los herederos hasta que

¹⁰⁰VALLET, *Las legítimas*, cit., vol. 1, pgs. 205 y 206. En sentido similar, DE LA CÁMARA, "Estudio...", cit., pgs. 794 y ss.; ESPEJO, cit., pgs. 324 y ss.; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *Derecho*..., cit., pgs. 322 y 378; PUIG BRUTAU, cit., pg. 15.

¹⁰¹DE LA CÁMARA, "Comentario al artículo 1057", en *Comentario del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pg. 2489.

no se les paguen sus créditos, pero sin que ni siquiera se les reconozca un crédito preferente sobre ellos respecto de los acreedores particulares de los herederos; como dice la vigente Lec en el artículo 788.3, “cuando se haya formulado por algún acreedor de la herencia la petición a que se refiere el apartado 4 del artículo 782, no se hará entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios sin estar aquéllos completamente pagados o garantizados a su satisfacción”.

Ciertamente, la cuestión no quedaba del todo clara a la vista del artículo 98.1.2º Lec, que, además de en los procesos concursales, admite la acumulación de procesos “cuando se esté siguiendo un proceso sucesorio al que se halle sujeto el caudal contra el que se haya formulado o se formule una acción relativa a dicho caudal”. Y continuaban los números 2 y 3 del citado artículo 98: “2. En los casos previstos en el apartado anterior, la acumulación debe solicitarse ante el tribunal que conozca del proceso universal, y hacerse siempre, con independencia de cuáles sean los más antiguos, al proceso universal. 3. La acumulación de procesos, cuando proceda, se regirá, en este caso, por las normas de este capítulo, con las especialidades establecidas en la legislación especial sobre procesos concursales y sucesorios”.

De lo anterior podía deducirse la intención del legislador de configurar el proceso sucesorio como un proceso liquidatorio, al menos si se daban ciertas condiciones. Sin embargo, la Ley Concursal de 2003 ha clarificado, y a nuestro entender sin lugar a dudas, las cosas cuando al fijar los presupuestos subjetivos del concurso dispone en su artículo 1.2 que “el concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente” (cf. también artículo 3.4¹⁰²). Por tanto, *ya no es posible* la acumulación de procesos a la partición de la herencia, a menos que ésta haya sido declarada en concurso, lo que sólo es posible si la aceptación es a beneficio de inventario o se ha solicitado el derecho de deliberar. El *acreedor o titular de cualquier derecho* sobre los bienes hereditarios no puede solicitar la acumulación al proceso particional sino tan sólo ejercitar sus derechos en el proceso declarativo que corresponda.

En cuanto al legitimario, ya hemos dicho que la ley concede

¹⁰²Artículo 3 de la Ley concursal, al establecer la legitimación para solicitar la declaración de concurso dice:...”4. Los acreedores del deudor fallecido, los herederos de éste y el administrador de la herencia no aceptada pura y simplemente. La solicitud formulada por un heredero producirá la aceptación de la herencia a beneficio de inventario”.

al causante libertad para dejarle la legítima por cualquier título, o bien permite operar las normas ab intestato. Conforme con esa libertad, el título que en principio hay que respetar es el testamento o, en su caso, el ab intestato. Si un legitimario considera que no se ha respetado su legítima no puede acudir directamente al proceso de división, porque, en principio, *no es titular de la masa a dividir*; y si a pesar de todo lo hace, el juez rechazará la demanda por falta de legitimación. Ya la antigua RDGRN 16-XI-1922¹⁰³ señaló que "el artículo 1.056 y menos el 1.075 del Código civil no exigen una demostración *a priori* de que la partición hecha no perjudica a los herederos legitimarios, sino que en primer lugar ordena que se pase por ella reservando las acciones de impugnación a los lesionados".

Lo que debe hacer el legitimario es *promover el juicio declarativo* ordinario que corresponda según la cuantía solicitando que se reconozca su derecho y la cuantía del mismo. Y de acuerdo con los principios que ha establecido la ley, es a él al que le corresponde demostrar en qué medida se le ha perjudicado; por consiguiente, es él el que ha de demostrar, al menos, la cuantía del caudal computable (artículo 818) o, al menos, la cuantía del activo hereditario, aunque no tenga tales bienes en su poder. En todo caso, y sería lo aconsejable, podrá solicitar una anotación preventiva de demanda sobre los bienes hereditarios que considere hereditarios (artículo 42 Lh).

Es discutible si también puede acudir a las diligencias preliminares, que regulan los arts. 256 y ss. Lec. El artículo 256.1.2º Lecdispone que "todo juicio podrá prepararse: mediante solicitud de que la persona a quien se pretende demandar exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que haya de referirse el juicio". En la letra de precepto podría caber la solicitud del legitimario de que los herederos le señalen qué cosas componen el caudal que pertenecía al causante. Sin embargo, el precepto lo que hace es recoger la antigua acción "ad exhibendum", que tenía por fin que el demandante conociera la legitimación pasiva del demandado en tanto era poseedor de la cosa mueble que se reclamaba, así como asegurarse de que la misma no iba a ser distraída. Pero esto no es lo que pretendería nuestro hipotético legitimario.

En fin, que sólo cuando el juez haya reconocido los derechos del legitimario y su cuantía, podrá éste instar el proceso de división. En términos estrictos lógicos, estamos ante una cuestión pre-

¹⁰³ *Anuario*, 1922, pg. 269

judicial civil -la legítima- respecto de la partición de la herencia (aunque técnicamente no es aplicable el artículo 43 Lec).

La solución puede no parecer justa, pero es la que irremediablemente se deriva de que nuestro sistema *no sea de reserva*, sino que se conceda al buen juicio del causante dejar a los suyos lo que por legítima les corresponde.

CAPÍTULO SEGUNDO EL VIGENTE ARTÍCULO 1056.II DEL CÓDIGO CIVIL

I. INTRODUCCIÓN.

a) Antecedentes históricos.

El principio general en materia de partición es la igualdad de la asignación de los lotes en cuanto a su calidad (artículo 1061; es decir, cada heredero ha de recibir inmuebles, dinero, acciones, etc.). Pero, por supuesto, el artículo 1056.I permite al testador hacer la partición de sus bienes sin atender a esa igualdad cualitativa, siempre que no perjudique la legítima de los herederos forzosos, cuando los haya.

Además, el Código Civil, en su primitiva redacción, contempló ya el asunto de la unidad de una “explotación” en relación con el respeto a las legítimas. El artículo 1056 originario establecía que “cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos. 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”.

Este segundo párrafo no aparecía en el Proyecto de 1851 ni tiene antecedentes en nuestro Derecho.

Fue introducido en el Anteproyecto de 1884¹⁰⁴, siendo explicable fundamentalmente por dos razones. Una, el deseo de favorecer la aceptación por las regiones forales de un Código único para toda España. La doctrina más moderna ha explicado que el rechazo foral al Código nacional se basaba no sólo en razones sentimentales sino en la distinta estructura de la propiedad agraria en España. En muchas zonas rurales de Cataluña, Navarra o el País Vasco, la institución a favor de uno sólo de los hijos se basaba en la consideración de que la pequeña o poco productiva explotación

¹⁰⁴ LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, 4. *Codificación civil*, vol. II, Madrid, 1979, pg. 650.

agrícola o ganadera sólo podía alimentar a una sola familia¹⁰⁵. La segunda razón, probablemente sea también signo de un cierto desarrollo económico y de la preocupación del legislador al respecto.

Sea como fuere, el precepto entró en vigor, y su objeto, evidentemente, era que la compensación a los no favorecidos fuese con dinero extrahereditario, porque si había dinero u otros bienes hereditarios suficientes para satisfacer a los colegitimarios, nos encontraríamos en el caso del párrafo primero.

La laguna más llamativa del precepto era que no establecía garantías de ningún tipo a favor de los colegitimarios a fin de cobrar su crédito. Alguna doctrina¹⁰⁶ opinaba que "la concesión al instituido de la facultad de pagar la legítima en dinero no relicto no convierte a los legitimarios en meros acreedores del heredero: su derecho, hasta que la legítima sea satisfecha, sigue gravitando sobre el caudal mismo, y su situación, en orden a la garantía de cobro, no es distinta de los legitimarios a quienes ha legado el testador una cantidad o cosa genérica. La falta de pago permite interponer, además de la acción crediticia contra el heredero en cuanto deudor, alternativamente otra para la efectividad de los derechos legitimarios sobre el caudal, pues el artículo 1.056-2º no suprime la vigencia del artículo 806". Esta opinión abona el pro-

¹⁰⁵Afirma PESET REIG, *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*, Madrid, 1982, pg. 146 que "Cuando se propone el proyecto de 1851 surge la oposición foral que, si tiene elementos y argumentos de tipo nacionalista, no cabe duda de que, en buena proporción, plantea cuestiones sobre propiedad. La cuestión foral, que con frecuencia ha sido analizada por los juristas actuales como un enfrentamiento entre unidad o diversidad en ordenamiento civil últimamente ha dejado paso a consideraciones más profundas -SCHOLZ, SALVADOR CODERCH- que examinan el fondo de aquellas cuestiones... No, no existe un acuerdo sobre las soluciones, porque éstas, si se establecen de forma genérica, pueden producir distintos efectos en las diversas regiones, con una estructura de propiedad diferenciada por el cuño de tiempos pretéritos... Un Código unitario representaba consecuencias distintas para la propiedad en Valencia o en Castilla, en Galicia o en Cataluña... No creo exagerar al atribuir buena parte de la oposición foral a cuestiones de propiedad, que se encontraban solucionadas desde diferentes ángulos en las legislaciones forales: por ejemplo, la herencia castellana, frente a algunas forales que permitían mantener unido el patrimonio familiar o la solución de viejas cuestiones enfitéuticas, especialmente en Galicia o en Cataluña".

¹⁰⁶LACRUZ, *Derecho...*, cit., ed. 1976, pg. 200, siguiendo lo expuesto por VALLET DE GOYTISOLO, en "Notas para la interpretación del párrafo segundo del art. 1.056 y del art. 863 del Código Civil", RGD, 1946, pgs. 674 y 675, y en "Apuntes de Derecho sucesorio (Posición y derechos de los legitimarios en el Código civil)", ADC, IV, 1951, pg. 1450.

pósito de proteger a los legitimarios, pero era de aplicación dudosa por un gran sector doctrinal.

Tras la mencionada reforma de los arts. 841 y ss. C.c. en 1981, en virtud de la cual se permite atribuir a alguno o algunos de los descendientes los bienes hereditarios con obligación de satisfacer las legítimas de los demás en metálico, el ámbito del artículo 1056.II quedó poco claro, y también se prestaba a discusión si eran aplicables los controles que establecían los arts. 841 y ss.

b) Proceso parlamentario de reforma.

Finalmente, entramos en el proceso de elaboración del precepto reformado. El 7-VI-2002 se presentó en el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley de la Sociedad Limitada Nueva Empresa¹⁰⁷. El objetivo del Proyecto era facilitar y agilizar la constitución y organización de sociedades de responsabilidad limitada con pocos socios. No había mención alguna al Código civil y su posible reforma. Sin embargo, en la tramitación parlamentaria en el Senado se presentó una enmienda por el Grupo Popular, por la que se modificaban los arts. 1056.II, 1271.II y 1406.2º C.c., que prácticamente sin variaciones ha desembocado en el texto definitivo. Enmienda que no fue lo suficientemente meditada a nuestro juicio¹⁰⁸.

La justificación de la enmienda no deja de tener su trascendencia, complejidad e, incluso, producir perplejidad. Por ello, la transcribo en la parte que nos afecta: "las modificaciones propuestas se justifican atendiendo a un elemento integrador del ordenamiento privado en el conjunto de las legislaciones civiles del Estado. Se buscan instrumentos que permitan diseñar, en vida del emprendedor, la sucesión más adecuada en la empresa en todas sus posibles configuraciones: societarias, empresa individual, paquete mayoritario en varias empresas o paquetes de control. Se persigue evitar la fragmentación de la empresa manteniendo la unidad en la siguiente generación. Es por tanto objetivo de esta modificación, preservar indivisa una explotación económica permitiendo, para ello, que se pague en metálico su legítima a aquellos herederos a los que no se atribuya la sucesión en la empresa".

¹⁰⁷Publicado en el BOCG de 14 de junio de 2002, Congreso de los Diputados, serie A, núm. 98-1. Cfr. las páginas introductorias del presente trabajo, donde se hace referencia con mayor extensión a estos antecedentes

¹⁰⁸Enmienda nº 21, BOCG, Senado, Serie II, núm. 101 (b), pg. 25.

"Por lo que se refiere al artículo 1056, párrafo segundo, hay que indicar que la modificación se circunscribe al patrimonio empresarial. Se pretende, con la reforma, producir una adecuación a la realidad social ya contemplada por el conjunto de los Ordenamientos civiles autonómicos. Esta modificación sólo surtirá efectos cuando al fallecimiento del testador esté prevista la forma de sucesión en la empresa. En caso contrario, el testador habrá de acudir a otros procedimientos".

"Por lo que hace al párrafo segundo del artículo 1271, la modificación propuesta no supone en modo alguno una alteración de los principios sucesorios, sino simplemente una interpretación más extensiva del citado precepto. En efecto, desde 1915, el Tribunal Supremo vino entendiendo que este precepto se refería a la totalidad de la herencia y no a bienes concretos. Tanto la Ley de 1989 (sic) sobre Arrendamientos Rústicos, en su artículo 79, como la de 24 de Diciembre de 1981 sobre el Estatuto de la Explotación Familiar Agraria y los Jóvenes Agricultores establecen normas ya no particionales sino sucesorias, en orden a un tipo singular de empresa: la agraria".

"Por último, en cuanto al artículo 1406.2º, la nueva redacción propuesta refleja la interpretación más extendida del precepto, ajustándola a la terminología actual".

Finalmente, el BOE de 2 de abril de 2003 publica la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, por la que se modifica la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada. En la Exposición de Motivos se dice que "se ordenan las relaciones entre los miembros de una familia y la sucesión de la unidad productiva, para dotarlo de instrumentos que permitan diseñar, en vida del emprendedor, la sucesión más adecuada de la empresa en todas sus posibles configuraciones: societarias, empresa individual, etc".

El nuevo artículo 1056.II dispone que "el testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de la 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 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 apli-

cación cualquier otro modo de extinción de las obligaciones. Si no se hubiera establecido la forma de pago, cualquier legítimo 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”.

Este proceso legislativo y la justificación de la enmienda muestran muy a las claras que la reforma ha sido muy poco meditada y que va a plantear un sinnúmero de nuevos problemas técnicos e interpretativos, sin apenas resolver los que existían anteriormente.

c) La nueva redacción del artículo 1271.II C.c.

Tras la reforma, el artículo 1271 C.c. ha quedado redactado de la siguiente manera: “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056. Puede ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres”.

Tradicionalmente, la doctrina y jurisprudencia han considerado de forma prácticamente unánime que el artículo 1271 no regulaba una partición contractual sino que tal precepto, conforme a sus antecedentes (en especial, el Proyecto de 1851 y la primera edición del Código¹⁰⁹), tenía por finalidad prohibir los pactos sucesorios. En cambio, en Derecho francés se admite lo que se llama *donation-partage*, que es una donación a los futuros herederos intestados (los que aquí llamaríamos legítimos) que transmite automáticamente los bienes donados, teniendo a la vez efectos sucesorios por lo que se refiere a la imputación y computación (arts. 1075 a 1080 de la redacción originaria del Code). Con todo, en la propia doctrina francesa se duda que estemos realmente ante un pacto sucesorio ya que el artículo 1076 dispone que “la donación-partición solo puede tener por objeto bienes presentes”¹¹⁰.

La nueva redacción de nuestro artículo 1271 añade a la ante-

¹⁰⁹En esa primera edición, el texto del art. 1271.II era: “Se exceptúa la herencia futura, acerca de la cual será nulo cualquier contrato, aunque se celebre con el consentimiento de la persona de cuya sucesión se trate”.

¹¹⁰Niega su carácter de pacto sucesorio, GRIMALDI, *Droit civil. Successions*, 6ª ed., Paris, 2001, n. 354, pg. 355, texto y nota 359.

rior el inciso "*y otras disposiciones particionales*". Como hemos dicho, la justificación de la enmienda que introdujo la nueva redacción apela a los pactos sucesorios admitidos en nuestro Derecho. Sin embargo, el autor de la enmienda estaba totalmente desorientado. El Código no ha introducido con el nuevo artículo 1056.II una forma de sucesión contractual¹¹¹, porque lo que se regula es el testamento y la partición hecha solo por el testador y, desde luego, plena y libremente revocable (artículo 737 C.c.). Por lo demás, la referencia a la Ley de 24 de diciembre de 1981 sobre la explotación familiar es improcedente, pues dicha Ley fue derogada en el año 1995.

En fin, que en nuestro Derecho no hay más pactos sucesorios que los que admite expresamente la ley (p. ej., a propósito de la promesa de mejora o la mejora hechas en capitulaciones matrimoniales, artículos 826 y 827), y el artículo 1056 no es una de esas excepciones.

II. RELACIÓN DEL NUEVO PRECEPTO CON LOS ARTÍCULOS 841 Y SIGUIENTES.

Como ya se ha visto, el último inciso del nuevo artículo 1056.II dispone que "no será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844". Del inciso se deduce solamente con claridad que no es necesaria una aprobación judicial de la liquidación de la cantidad a pagar a los colegitimarios excluidos (artículo 843¹¹²), así como que el pago no está sujeto a los requisitos y plazos establecidos en el artículo 844.I¹¹³.

¹¹¹En este sentido, LLOPIS GINER, "La libertad del testador, su facultad de partir, comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil", en Reyes López (coord.), *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, Cizur Menor, 2004, pg. 54.

¹¹²Artículo 843. Salvo confirmación expresa de todos los hijos o descendientes, la partición a que se refieren los dos artículos anteriores requerirá aprobación judicial.

¹¹³Artículo 844. 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.

Sin embargo, el nuevo precepto nos deja, entre otras, ciertas dudas acerca de la aplicabilidad del resto de los artículos referentes al “Pago de la porción hereditaria en casos especiales” (841 a 847).

A nuestro juicio, de la dicción del nuevo 1056.II se puede deducir con claridad la aplicación del artículo 844.II; de lo contrario, no tendría sentido la sola mención del párrafo primero.

Por el contrario, la aplicación del resto de los artículos es más discutible, y creemos que necesita una especial *ponderación* de los intereses en juego en cada uno de los supuestos. Por ello, al tratar de cada uno de los problemas específicos se examinará si procede la aplicación de los artículos 841 y ss.

En cualquier caso es evidente que existen algunas diferencias legales (justificadas o no) entre ambos casos supuestos. Así, en el artículo 1056.II el testador ha de haber hecho él directamente la partición, mientras que el 841 permite algo que no es exactamente lo mismo: a saber, que el testador conceda esa facultad al contador-partidor por él nombrado, o aquél al que se refiere el artículo 1057.II; es decir, no hace él mismo la partición, sino que dicta normas sobre cómo hacerlas.

El artículo 1056.II no requiere aprobación judicial de la partición (artículo 843, para el caso de que no haya acuerdo entre todos los implicados) ni comunicación alguna a los otros colegitimarios (artículo 844).

Y el plazo para el pago en el artículo 844 es como máximo dos años, mientras que en el precepto que consideramos es de cinco años.

III. FINALIDAD DEL PRECEPTO

Dice el precepto que el fundamento de la disposición ha de ser “la conservación de la empresa” o “el interés de su familia”.

La referencia al “*interés de la familia*” ya aparecía en la anterior redacción del artículo. Tal mención es, a nuestro juicio, en este caso, un resabio del Antiguo Régimen en el que era muy corriente que las familias de elevada posición económica y social constituyeran mayorazgos con la finalidad de perpetuar el buen

Transcurrido el plazo sin que el pago haya tenido lugar, caducará la facultad conferida a los hijos o descendientes por el testador o el contador-partidor, y se procederá a repartir la herencia según las disposiciones generales sobre la partición.

nombre de la estirpe familiar; otras veces, se optaba simplemente por atribuir a uno de los hijos el "tercio y quinto de mejoría"; o, lo que era más común, se constituía mayorazgo con la cuota de mejora y libre disposición. Por otra parte, en determinadas zonas forales se admitía también la posibilidad de dejar prácticamente todo el patrimonio a uno de los hijos, tanto por razones de prestigio social como por la estructura de la propiedad agraria.

Para interpretar actualmente ese interés de la familia¹¹⁴ algún autor ha llegado a afirmar que "si el padre no actuó en interés de la familia, y especialmente, si actuó en contra del mismo, es evidente que la partición que examinamos será impugnabile"¹¹⁵.

Por el contrario, creemos que tal referencia es absolutamente irrelevante¹¹⁶. Muchas veces lo que pretende el causante, más que el interés de la familia, es asegurarse la perduración de la obra de su vida, atribuyéndosela al hijo más capacitado o que más ha colaborado con él; pero esto no es "interés de su familia", sino puro interés -muy legítimo- del causante. La STS 19-V-1981 (Ar. 1618) dispone que el "requisito de la voluntad del padre testador de conservar indivisa una explotación agrícola no necesita más fundamento que esa voluntad".

En cuanto a la "*conservación de la empresa*", el que las acciones o participaciones de un solo titular se repartan entre varios no tiene por qué ocasionar la no conservación de la empresa; primero, que haya varios no tiene por qué significar necesariamente enfrentamiento entre ellos y, segundo, tampoco un enfrentamiento tiene por qué dar lugar a la desaparición de la empresa. Podrá alegarse que lo que sí habrá seguro es mayor agilidad en la gestión; sólo desde este último punto de vista se puede justificar la atribución a uno solo de los legitimarios.

Partiendo de ahí, creemos que se impone una reducción teleológica de la norma en el sentido de que no cualquier situación de control en cualquier sociedad puede justificar la aplicación del

¹¹⁴cf. REVERTE NAVARRO, *La intervención judicial en las situaciones familiares*, Murcia 1980.

¹¹⁵FOSAR BENLLOCH, "La explotación agrícola y el párrafo 2º del artículo 1056", ADC, XVI, 1963, pg. 384. Le sigue LLOPIS GINER, *cit.*, pg. 69.

¹¹⁶DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *cit.*, pg. 433 se plantean si "¿Es requisito de validez de la adjudicación que se haga 'en interés de la familia'? Es dudosa la solución afirmativa, habida cuenta de que los cálculos y previsiones del testador para una disposición de este género normalmente no los exterioriza, por lo que nos inclina a estimar que la disposición testamentaria ni necesita, porque no lo exige el Código civil, explicación, ni puede ser anulada bajo pretexto del interés familiar, de apreciación muy subjetiva".

artículo 1056.II. En una sociedad cotizada en un mercado secundario la titularidad del tres o cuatro por ciento de las acciones puede llevar a una situación de control de hecho. Sin embargo, es evidente que, en tal caso, la conservación de la empresa no depende en absoluto de que tales acciones se repartan o no entre los hijos del causante.

Por otra parte, también hay que pensar que el Derecho de sociedades permite fórmulas que no impiden la participación de todos los legitimarios en la sociedad sin perder por ello su unidad de dirección. Así, podríamos pensar en el caso de que el causante que controle la mayoría de las acciones de la sociedad puede impulsar la emisión de acciones o participaciones *sin voto* (arts. 90 y ss. TRLSA, y 42 bis LSRL, introducido precisamente por la Ley 7/2003) que él mismo adquiriría y que serían adjudicadas en la partición del testador a los hijos apartados de la dirección de la empresa. De esta manera, en justicia, se asegura la continuidad de la dirección empresarial sin necesidad de relegar a los colegitimarios a la condición de simples legatarios de dinero¹¹⁷.

IV. PRESUPUESTOS DE HECHO SUBJETIVOS DEL ARTÍCULO 1056.

a) En general.

El precepto reformado deja muchas cuestiones sin resolver y es bastante confuso.

En cuanto a los sujetos, desde el punto de vista *activo*, la antigua redacción hablaba del “padre”. Por su parte, el artículo 841.I se refiere a “el testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél...”; y añade el artículo 841.II que “también corresponderá la facultad de pago en metálico en el mismo supuesto del párrafo anterior al contador-partidor dativo a que se refiere el artículo 1057 del Código civil”. La nueva redacción del artículo 1056.II se refiere al principio simplemente a “el testador”; sin embargo, más adelante, en el inciso segundo, se dice que se puede

¹¹⁷En este sentido, ya señalaba PUIG BRUTAU, “El testamento del empresario (Consideraciones de algunos problemas de enlace entre el Derecho de herencias y el de sociedades)”, R.D.Pr., t. XLIV, 1960, pg. 852, que “el tema capital del testamento del empresario estriba en hacer compatible la dirección unitaria de la empresa con la pluralidad de participación en sus beneficios... No le bastará al empresario testador dictar reglas de partición, sino que deberá adoptar disposiciones de inversión a favor de los hijos o descendientes excluidos de la dirección de la empresa. Estos podrán quedar convertidos en comanditarios o tal vez en partícipes”.

señalar un aplazamiento para el pago "por el testador o por el contador-partidor por él designado".

A nuestro entender, del nuevo precepto resulta con claridad que sólo el testador puede disponer que la empresa o las acciones o participaciones vayan a parar a alguno de los legitimarios, con obligación de compensar a los demás en metálico. El contador-partidor sólo tiene la facultad de establecer un término para el pago. A diferencia del artículo 841, no se habla de contador-partidor "expresamente autorizado", de lo que parece resultar que, dispuesta por uno de los padres la asignación de la empresa a uno de los hijos, y nombrado por el testador un contador-partidor, éste podrá en todo caso imponer un aplazamiento del pago, aunque no se le haya concedido esa facultad "expresamente".

Más discutible es si la facultad de aplazamiento también puede corresponder al contador-partidor dativo cuando no exista testamentario o no haya aceptado el cargo. El asunto es discutible. Con todo, normalmente no habrá términos hábiles para nombrar ese contador-partidor, pues la herencia ha sido ya partida por el causante, y la exclusión de los artículos 843 y 844.II significa, como veremos después, que no hace falta liquidar la herencia para que el heredero adjudicatario tome posesión y administre la empresa o acciones heredadas.

Desde el punto de vista *pasivo*, conviene resaltar que la referencia al "padre" del artículo derogado suponía implícitamente que los afectados por la partición fueran los hijos: ahora se habla de "los demás interesados". Con lo que queda claro que también cabe esta partición cuando los legitimarios son los ascendientes y, al igual que la doctrina admitía con la legislación anterior, también puede ser adjudicatario un nieto aunque viva el padre, por la vía de adjudicarle al nieto el tercio de mejora y, en su caso, el de libre disposición¹¹⁸.

Se presta a debate si el adjudicatario puede ser el cónyuge viudo. El tenor de la ley no lo impide, aunque no era ese probablemente el caso en el que estaba pensando el legislador¹¹⁹. A

¹¹⁸Antes de la reforma de 1981 era más difícil de admitir, pues el artículo 808 hablaba de que eran "herederos forzosos" los padres y los hijos, estos unidos por la partícula conjuntiva "y"; a partir de 1981 se sustituiría por la disyuntiva "o": los hijos o sus descendientes. Nuestro Derecho histórico (Ley 27 de Toro, en la Dum inlicita) no se podía mejorar a los nietos viviendo los padres (no mejorar padre viviente). En contra, GARCÍA GOYENA, en *Comentario, cit.* al artículo 654 del Proyecto de 1851.

¹¹⁹No obstante, el artículo 20.2.c).1 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre,

nuestro entender, aunque la opinión podría ser discutible, el cónyuge no entra dentro de los posibles adjudicatarios, al menos si hay hijos no comunes. Piénsese que sería un medio muy fácil de burlar la legítima colectiva que la ley sigue concediendo a los hijos y descendientes, especialmente grave cuando ninguno de los hijos sea común al causante y el viudo. De hecho, el artículo 831.1¹²⁰ permite que el testador conceda al viudo la facultad de distribuir los bienes del causante y mejorar “a los hijos o descendientes comunes”, y el 831.4 dispone que “la concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común”; además, “las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa” (artículo 831.5).

Por otra parte, el 1056.II no señala expresamente si la adjudicación ha de hacerse sólo a uno de los legitimarios, o bien se puede hacer a dos o más, dejando a los demás dinero extrahereditario (el mismo problema se plantea respecto del artículo 841¹²¹, que se refiere a “alguno de los hijos o descendientes”). A nuestro juicio, es posible dejar la empresa a más de un hijo, relegando a los demás. Baste pensar en el caso de la persona que tenga hijos de distintas relaciones matrimoniales o extramatrimoniales, y que sea la falta de vínculo doble lo que provoque las posibles futuras dificultades de administración o partición de los bienes. Además, esto

del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que ha sido sucesivamente actualizada por las Leyes de Presupuestos Generales del Estado y modificada por las Leyes de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, establece: “En los casos en los que en la base imponible de una adquisición mortis causa que corresponda a los *cónyuges*, descendientes o adoptados de la persona fallecida, estuviese incluido el valor de una *empresa* individual, de un negocio *profesional* o *participaciones* en entidades,... para obtener la base liquidable se aplicará en la imponible, con independencia de las reducciones que procedan de acuerdo con los apartados anteriores, otra del 95 % del mencionado valor,...”.

¹²⁰El artículo 831 se modifica por Ley 41/2003, de 18 noviembre, sobre protección del patrimonio de los discapacitados y de modificación del C.c. y de la Lec.

¹²¹Artículo 841: “El testador, o el contador-partidor expresamente autorizado por aquél, podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o parte de ellos a alguno de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios....”.

podría favorecer la compensación en metálico a los demás interesados¹²².

Se plantea entonces el problema de que uno de los beneficiarios acepte la disposición del causante y otro u otros no. Es decir, si permanece la disposición testamentaria respecto del aceptante, o si esta se resuelve para todos. En realidad, esta pregunta nos lleva a otra, que es la de la aplicabilidad del artículo 842 a nuestro caso. Dicho artículo 842¹²³ permite que el atributario de los bienes herenciales renuncie a la atribución y solicite que la herencia se distribuya conforme a las normas generales.

A nuestro entender, no hay argumento para negar la aplicación la aplicación del artículo 842, pues la finalidad de tal precepto es que el legitimario favorecido sopesa sus posibilidades de pagar en metálico las legítimas de los demás, y en el caso del artículo 1056 que nos ocupa se plantea exactamente el mismo problema¹²⁴.

Retomamos la cuestión de que sucede cuando sea sólo uno de los beneficiarios el que acepta la atribución de bienes a cambio del pago en metálico a los colegitimarios. Según el artículo 842 "cualquiera de los hijos o descendientes obligados a pagar en metálico la cuota hereditaria de sus hermanos podrá exigir que dicha cuota sea satisfecha en bienes de la herencia...". Por tanto, independientemente de la opinión que se defienda para ese supuesto específico, nos parece que en el caso del artículo 1056.II la finalidad de mantener la empresa es suficientemente relevante como para admitir que uno de los favorecidos con la explotación acepte y otro no, y que la disposición produzca efecto sólo respecto del aceptante.

Igualmente, se plantearía la cuestión de que ocurriría cuando uno de los favorecidos acepte la disposición particional debido a que confía en la aceptación del otro beneficiado, pero que tras el rechazo del otro desee revocar su decisión a la vista de las nuevas circunstancias. Esta posibilidad parece que no existe dado que el

¹²²En el mismo sentido, VALLET DE GOYTISOLO, "Comentario al artículo 1056", en Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XIV, vol. 2º, Madrid, 1989, pg. 159.

¹²³Artículo 842 C.c.: "No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, cualquiera de los hijos o descendientes obligados a pagar en metálico la cuota hereditaria de sus hermanos podrá exigir que dicha cuota sea satisfecha en bienes de la herencia, debiendo observarse, en tal caso, lo prescrito por los artículos 1.058 a 1.063 de este Código".

¹²⁴En contra, LLOPIS GINER, *cit.*, pg. 70.

artículo 997 C.c. dispone que “la aceptación y la repudiación de la herencia, una vez hechas, son irrevocables, y no podrán ser impugnadas sino cuando adoleciesen de alguno de los vicios que anulan el consentimiento, o apareciese un testamento desconocido”. Aunque este tema pueda ser discutible, me parece que la no aceptación por otro heredero de la atribución de la empresa no puede dar lugar a la revocación de la aceptación ya hecha. Tengamos en cuenta que la principal finalidad práctica de la irrevocabilidad de la aceptación es obligar al aceptante a hacerse cargo de las deudas de la herencia, aunque no conociese la cuantía del pasivo o apareciesen con posterioridad deudas hasta entonces desconocidas. Por otra parte, en una sucesión hereditaria normal también puede uno de los hijos aceptar la herencia que tiene un ligero pasivo superior al activo con el fin de mantener la buena memoria del padre y confiando que sus hermanos también aceptarán; no obstante, si éstos finalmente renuncian no podrá el primer aceptante revocar su declaración de voluntad.

Por último, respecto de los sujetos se puede plantear todavía el problema de si el causante puede nombrar heredero o legatario a un extraño con cargo al tercio de libre disposición. En principio podría pensarse en la aplicación analógica del artículo 841, que señala que el testador “podrá adjudicar todos los bienes hereditarios o *parte de ellos* a algunos de los hijos o descendientes, ordenando que se pague en metálico la porción hereditaria de los demás legitimarios”. De este precepto, junto con el artículo 845 C.c., parece deducirse que es posible atribuir algún o algunos bienes hereditarios a un extraño. Con todo, no debe olvidarse que cabría considerar que en el supuesto de los artículos 841 y ss. lo que se pretende es evitar los problemas particionales entre los hermanos, mientras que en el artículo 1056.II se trata de mantener la unidad de control de la empresa o acciones y la conservación de la empresa¹²⁵.

b) Título por el que los sujetos entran en la sucesión.

La posición de cada uno de los legitimarios en la sucesión dependerá en última instancia de cómo haya formulado el causante su disposición de última voluntad.

Así, en el caso de que el testador no haga declaración expresa sobre la condición de herederos o legatarios de los intervinien-

¹²⁵Desde luego, lo que sí puede hacer el causante es legar a un extraño una cantidad de dinero extrahereditario.

tes, como si dice "acogiéndome a la facultad que concede el artículo 1056.II C.c., dejo a mi hijo Fulano la empresa de mi propiedad, con obligación de satisfacer su legítima en dinero a mi cónyuge y mis otros hijos", parece que el legitimario atributivo tiene la condición de heredero, y los colegitimarios la de legatarios de una cantidad de dinero extrahereditario¹²⁶. Es el cauce más sencillo desde todo punto de vista y, además, históricamente la figura del heredero en cosa cierta surgió precisamente para el caso de que se nombrara a uno continuador de la casa o fundo familiar, en cuyo caso la jurisprudencia romana entendió que era heredero del todo¹²⁷.

Otro supuesto sería si el testador nombra a todos los legitimarios interesados herederos, legándole tal vez al cónyuge viudo el valor de su usufructo, parece igualmente que el legitimario favorecido será heredero, y los otros legatarios, porque, en contra de la llamada posición subjetivista sobre la condición de heredero y legatario, creemos que el causante no puede jugar libremente con las figuras técnicas¹²⁸. Si el atributivo recibe la posesión de la empresa o acciones, y los otros sólo tienen un crédito en dinero, aquél sucede al causante en todas sus relaciones activas y pasivas que sean transmisibles, colocándose exactamente en su misma posición jurídica. Por el contrario, los otros legitimarios no recibirán la posesión de los bienes de la herencia, y no sucederán al causante ni en el activo (el dinero es, por esencia, extrahereditario) ni, por consecuencia, en el pasivo.

En tercer lugar, podría suceder que si el testador nombra legatario al destinatario de la empresa o acciones, parece, a pesar de todo, que es un heredero porque, como veremos, todos los legitimarios serían legatarios, con lo que nos encontraríamos ante una

¹²⁶Así, PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, cit., pg. 395.

¹²⁷KASER, *Das römische Privatrecht*, 1. Abschnitt, München, 1955, § 161, II, pg. 572; D'Ors, cit., § 282.

¹²⁸Dice expresivamente ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IX, vol. 1^a-A, edit. Edersa, Madrid, 1990, art. 660, pg. 40, que "Como las figuras son lo que son y no lo que los particulares quieren que sean, es claro que lo que está en manos del interesado es llamar a la persona de que se trate a sucederle en la forma (universal o particular) que a él le plazca, pero lo que no puede hacer es que le suceda particularmente uno a quien instituye sucesor universal, o que le suceda universalmente uno a quien lo instituye particular". Una buena exposición general sobre el problema, y las distintas teorías al respecto, puede verse en MESTRE RODRÍGUEZ, *La interpretación testamentaria. Notas a la regulación del Código Civil*, Murcia, 2003, pgs. 195 y ss. y, en particular las referentes a la calificación y la interpretación jurídicas.

distribución de toda la herencia en legados, en base al artículo 891 del C.c.¹²⁹, en cuyo caso, a nuestro juicio, estamos ante verdaderos herederos¹³⁰. Por otra parte, que se considere que hay un verdadero legado de la empresa conlleva una porción de problemas difícilmente resolubles; hay que tener en cuenta que el legatario es un sucesor a título particular, de manera que dicho legatario no podría convertirse automáticamente en sucesor del pasivo de la empresa porque, sobre ser el concepto empresa económico y no estrictamente jurídico, supondría un cambio de deudor sin consentimiento del acreedor, vedado por el artículo 1205; de manera que los herederos responderían ante los acreedores de las deudas de la empresa. Lo mismo sucede con los contratos sinalagmáticos pendientes de ejecución por ambas partes¹³¹.

Ahora bien, la doctrina, cuando considera todos estos problemas, suele partir del presupuesto de que la empresa o las acciones son el único bien de la herencia. Sin embargo, en la práctica, será muy difícil que una persona que sea titular de una empresa o de la mayoría de las acciones de una sociedad no tenga otros bienes distintos de la misma empresa y no afectos a ella; una casa, cuentas corrientes, coches, etc. En tal caso, es evidente que la facultad de atribuir los bienes hereditarios a uno de los legitimarios con obligación de pago en dinero a los demás se extiende sólo a la empresa o las acciones, pero no a esos otros bienes. Sobre éstos tienen los legitimarios excluidos de la empresa el derecho a que su legítima se vea satisfecha en "ipsa bona haereditaria".

Para supuestos como éste, que serán la mayoría, el testador ha de ser muy prudente al elaborar las disposiciones testamentarias,

¹²⁹Artículo 891 C.c.: "Si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratearán las deudas y los gravámenes de ella entre los legatarios a proporción de sus cuotas, a no ser que el testador hubiera dispuesto otra cosa".

¹³⁰Conforme, FOSAR BENLLOCH, *cit.*, pg. 406. V., sin embargo, en contra, GARCÍA RUBIO, *La distribución de toda la herencia en legados (un supuesto de herencia sin heredero)*, Madrid, 1989, *passim*, y MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, *El artículo 891 del C.c.: la distribución de toda la herencia en legados*, Valencia, 1996, *passim*, pero especialmente pgs. 127 a 140.

¹³¹Sobre estos problemas, vid. Díez-PICAZO, "La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil", RDM, XXXIX, 1965, pgs. 301 y 302, y FERNÁNDEZ GIMENO, *Problemas de la transmisión de la empresa familiar*, Valencia, 1999, pgs. 285 a 290. Por el contrario, no podemos estar de acuerdo con la afirmación de PUIG BRUTAU, "El testamento...", *cit.*, pg. 851, de que "Si la empresa estuviese empeñada o hipotecada, en todo o en parte, para la seguridad de alguna deuda, nos parece indudable que la obligación de pago incumbiría al legatario, por ser adquirente de la empresa, a pesar de que el artículo 867, primer párrafo, del Código civil atribuye tal obligación al heredero".

o de lo contrario provocará problemas sucesorios de no fácil solución. Por ejemplo, si nombra a todos los hijos herederos y hace un (pre)legado de la empresa a aquél que quiere favorecer, resulta que la *posesión* del bien legado corresponderá a todos los herederos hasta que se produzca la entrega del legado, aunque el legatario sea propietario desde el momento de la muerte del causante (arts. 882 y 885 C.c.); y de las deudas de la empresa responderán todos los herederos en la proporción en que hayan sido instituidos, aunque unos reciban más y otros menos. A esto no se podría oponer una disposición en que se estableciese que únicamente el legatario se hará cargo de las deudas de la empresa, porque al ser la sucesión en el legado a título particular, dicha carga sería un cambio de deudor sin consentimiento de los acreedores (artículo 1205 C.c.), que de todas formas se podrían dirigir contra cualquiera o contra todos los herederos.

A nuestro juicio, la solución mejor desde el punto de vista práctico es, quizá, el nombramiento de todos los hijos como herederos con partición parcial del testador asignando al elegido la empresa o acciones con cargo a su cuota, y disponiendo que, en la medida que el valor de ese bien o bienes supere su cuota, ha de satisfacer a los otros en metálico. De esta forma se logra que la *posesión* de la empresa pase directamente al favorecido. Con esta solución los colegitimarios del fallecido tienen desde el primer momento la posesión de los bienes hereditarios que no constituyan la empresa. El único problema es que, cuando se trate de empresa y no de acciones o participaciones, aunque se haga partición parcial, todos los herederos siguen obligados frente a los acreedores de esa misma empresa, sin perjuicio de las relaciones internas entre ellos.

Para evitar esta responsabilidad de los legitimarios no receptores de la empresa, la alternativa sería nombrar al beneficiario heredero único, imponiéndole la *carga de los legados* para satisfacer la legítima de los demás, primero con bienes de la propia herencia, y el resto a satisfacer en metálico. Sin embargo, en este caso los colegitimarios no tendrán la posesión de los bienes legados hasta que se la entregue el heredero, y en buena medida quedarán a merced de éste.

La explicación del deber de satisfacer la legítima a los otros es, parece, un modo¹³² o carga, que obliga (desde el momento que fije el causante o el contador) pero no suspende. Modo que con-

¹³²Así también VALLET, "Comentario al artículo 1056", *cit.*, pgs. 159 y 162.

siste en el cumplimiento de una obligación, y que tiene carácter de legado que grava la posición del heredero. La configuración como modo es lo que permite entender que, si no se paga en el plazo establecido, los demás legitimarios pueden exigir que se reparta la herencia conforme a las disposiciones generales. Sin embargo, en un legado normal de dinero, si el heredero no paga, no se resuelve la atribución hereditaria, sino que el legatario (además de poder impedir, en su caso, la partición conforme a las normas de la Lec) habrá de pedir el cumplimiento necesariamente, acudiendo, si es preciso, a la ejecución forzosa.

Confirma esta consideración de modo testamentario la redacción del artículo 844.II, cuya aplicación ha quedado a salvo por el último inciso del 1056.II, pues este se refiere sólo al párrafo I del artículo 844. Según aquella norma, “transcurrido el plazo sin que el pago haya tenido lugar, caducará la facultad conferida a los hijos o descendientes por el testador o por el contador-partidor y se procederá repartir la herencia según las disposiciones generales sobre la partición”. No obstante, a pesar del tenor literal, que habla de caducidad de la facultad (artículo 844.II), parece tener más sentido que los colegitimarios puedan optar entre que quede sin efecto la atribución o exigir el cumplimiento forzoso; lo que, por otra parte, es cualidad propia del modo¹³³.

V. PRESUPUESTO DE HECHO OBJETIVO DEL ARTÍCULO 1056.

El artículo 1056.II se refiere a “la conservación de la empresa”, a la voluntad testamentaria de preservar indivisa “una explotación económica” o “mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas”, lo que implicaría que sobre estas se ejerce el control. Antes de la modificación de la le 7/2003, de 1 de abril, se mencionaba menciona también la “empresa”¹³⁴: voluntad

¹³³Cf. el artículo 797 C.c.: “La expresión del objeto de la institución o legado, o la aplicación que haya de darse a lo dejado por el testador, o la carga que el mismo impusiere, no se entenderán como condición, a no parecer que ésta era su voluntad. Lo dejado de esta manera puede pedirse desde luego, y es transmisible a los herederos que afiancen el cumplimiento de lo mandado por el testador, y la devolución de lo percibido con sus frutos e intereses, si faltaren a esta obligación”.

¹³⁴COVIÁN, voz “Partición de herencia” en *Enciclopedia Jurídica Española*, t. 24, edt. Seix, Barcelona, s. f., pg. 360 consideraba, respecto de la redacción anterior del precepto, que “no cabe duda que se extiende á una biblioteca con el deseo de que se conserven sus libros, á un museo particular, á los ins-

del padre testador de conservar indivisa "una explotación agrícola, industrial o fabril".

El TS en sentencia de 19-V-1951 (Ar. 1618) señaló que "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"; afirmación más que discutible que sólo se puede explicar por las particularidades del proceso concreto, en especial por el modo de plantear la demanda.

El término "empresa" es, en principio, de carácter económico, más que propiamente jurídico. Se dice que, "desde un punto de vista económico,... la empresa es una unidad de producción en la que se combinan los precios del capital y del trabajo con la finalidad de suministrar al mercado bienes o servicios a un determinado precio, con el fin de obtener una renta monetaria igual a la diferencia de unos precios sobre otros"¹³⁵.

Desde el punto de vista jurídico, por su parte, las leyes hacen numerosas y reiteradas referencias a la empresa, pero sin definir qué sea y sin dotarla de regulación orgánica. La doctrina mercantil más moderna hace girar su disciplina en torno al concepto empresa. Esta se ha definido como "el conjunto de elementos materiales y personales organizados por el empresario individual o por la sociedad mercantil para el ejercicio de una o varias actividades empresariales"¹³⁶.

El artículo 1056.II, como he apuntado antes, también utiliza el término "explotación económica", aún más difuso que el de empresa.

trumentos de su profesión ú oficio".

A nuestro juicio, para estos casos podrán ser de aplicación del C.c. los arts. 821, después de la modificación de la ley 41/2003, 18 de noviembre, que unifica los artículos 821 y 822 antiguos (finca que no admite cómoda división), 829 (mejora en cosa determinada) y 841 y ss. (pago legítimas en casos especiales), aunque tampoco negamos lo sustentado por COVIÁN.

¹³⁵SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, vol. I, 26ª ed, revisada con la colaboración de SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Madrid, 2004, pg. 46.

¹³⁶Rojó, en URÍA/MENÉNDEZ, *Curso de Derecho mercantil*, I, Madrid, 1999, pg. 100.

Por su parte, FOSAR BENLLOCH, *cit.*, pg. 385, refiriéndose al caso que nos

A nuestro juicio, la ley, al decir explotación económica, está queriendo decir lo mismo que empresa, como lo demuestra que en la justificación de la enmienda parlamentaria que dio lugar a la nueva redacción se dice que “la modificación se circunscribe al patrimonio empresarial”.

La cuestión tiene relevancia respecto de los llamados profesionales liberales, que, actualmente, no se consideran empresarios, pero que se están acercando cada vez más a éstos tanto desde el punto de vista privado como tributario¹³⁷.

Con todo, el análisis de este caso pone en cuestión el sentido de la reforma, ya que no se ve claro por qué el dueño de una frutería puede dejarle a uno de sus hijos el local y la actividad comercial, y no puede hacer lo mismo el profesional liberal, sea un arquitecto, un economista, o un abogado, sin ir más lejos.

Y téngase además en cuenta que, en general, tanto doctrina y jurisprudencia consideran como empresario a un profesional tan similar a los anteriores como el farmacéutico¹³⁸.

En cualquier caso, si no es aplicable a los profesionales liberales el artículo 1056.II, que entiendo que sí, habrán de serlo los 841 y ss.

Además de a una sociedad de capital, el precepto que comentamos se refiere también a un *grupo* de sociedades. Qué sea exac-

ocupa, opina que “la noción de explotación es más amplia todavía que la de empresa agrícola, y abarca aquellos supuestos en que el propietario de la tierra no es empresario agrícola, por haber cedido su disfrute a otra persona, a título de arrendamiento, de aparcería, de usufructo, anticresis u otro título análogo, pero, pese a ello, sus fincas rústicas mantienen entre sí un nexo tal que permiten sean consideradas como un todo económico. Indicio poderoso en tal sentido será que figuren en el Registro de la Propiedad inscritas como una sola, o que, al menos, puedan ser inscritas conforme a los criterios que suministra el artículo 44 del Reglamento Hipotecario”.

¹³⁷Como ya he citado en una anterior, el art. 20.2.c). 1 de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, al regular la base liquidable, prevé una reducción del 95 % cuando valor a liquidar sea “de una empresa individual, de un negocio profesional o participaciones en entidades”.

¹³⁸V., por todos, MENÉNDEZ MENÉNDEZ, “La actividad farmacéutica y la condición de empresario mercantil (Ensayo en torno al Derecho español)”, *Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf*, t. II, México, 1989, pgs. 1129 y ss. En la pg. 1144 destaca que “el titular de la farmacia compra con el doble ánimo de revender y de lucrarse en la reventa. Poco importa que el lucro esté limitado como consecuencia de la intervención administrativa en la fijación de los precios. Esa limitación, que también existe en otros sectores comerciales, no excluye el lucro. El artículo 325 del Código mercantil está dominado por la idea de la finalidad mediadora, que se exterioriza en la reventa de la cosa comprada”

tamente un grupo de sociedades es también cuestión controvertida, tanto desde el punto de vista del Derecho privado como tributario. Entre distintas sociedades caben muy diversas formas de relación y colaboración que pueden ir desde la uniones consorciales hasta la existencia de una sociedad dominante sobre otra u otras (lo que se designa también con el anglicismo "holding")¹³⁹.

Dentro de nuestro Derecho hay referencias a estos grupos, no como regulación orgánica y general, sino como necesidad de solucionar problemas específicos¹⁴⁰. Así, se establece la necesidad de realizar un balance consolidado del grupo con la finalidad sobre todo de obtener una imagen fiel de su situación (artículo 42 C.co.)¹⁴¹. Por su parte, el artículo 87 TRLSA contiene una descrip-

¹³⁹Como señala SÁENZ DE OLAZAGOITIA, *La Tributación Consolidada de los Grupos de Sociedades. Régimen Vigente y un Modelo para su Reforma*, Cizur Menor, 2002, pg. 33, "el grupo de sociedades no puede delimitarse de forma precisa e invariable. Las sociedades dominadas integradas hoy en un grupo de sociedades pueden mañana excluirse del mismo mediante una simple transmisión de los título representativos de su capital que otorgaban el dominio. Incluso pueden pasar a formar parte de otro grupo. Del mismo modo, pueden incluirse en el desarrollo del mismo grupo nuevas sociedades, tanto preexistentes, que pueden desgajarse de otros grupos, como creadas 'ex novo'".

¹⁴⁰Hace notar EMBID IRUJO, *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Granada, 2003, pg. 21, que "empieza a ser un lugar común en la doctrina el aludir a la falta de sistemática y a la fragmentariedad de conceptos de técnicas de delimitación con motivo del estudio de la posición jurídica del grupo en el Derecho español".

¹⁴¹Artículo 42 C.co.: "Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección. En aquellos grupos en que no pueda identificarse una sociedad dominante, esta obligación recaerá en la sociedad de mayor activo en la fecha de la primera consolidación. Existe un grupo cuando varias sociedades constituyan una unidad de decisión. En particular, se presumirá que existe unidad de decisión cuando una sociedad, que se calificará como dominante, sea socio de otra sociedad, y se encuentre en relación con ésta en alguna de las siguientes situaciones: a) Posea la mayoría de los derechos de voto. b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto. d) Haya nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que se deban formular las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado. A estos efectos, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta

ción diferente a propósito de los negocios sobre las propias acciones¹⁴². Y todavía hay una regulación distinta en el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores, preocupada por la emisión de valores y su negociación¹⁴³.

Como se ve, las descripciones del C.co., de la LSA y de la LMV son algo distintas, y además utilizan a propósito conceptos bastante vagos (control directo o “indirecto”, consejeros o “altos directivos”, etc.), que intentan expresar una realidad fáctica de poder de una empresa sobre otra, aunque desde el punto de vista puramente técnico jurídico no sea así. Se pueda dar una situación de concierto, no porque las empresas estén propiamente concertadas previamente sino porque los administradores de unas y otras sean los mismos, con lo que intentarán que las empresas actúen de

de la entidad dominante o de otras dependientes, o aquéllos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona. 2. Se presumirá igualmente que existe unidad de decisión cuando, por cualesquiera otros medios, una o varias sociedades se hallen bajo dirección única. En particular, cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta”.

¹⁴²Artículo 87 TRLSA: “1. A los efectos de esta sección se considerará sociedad dominante a la sociedad que directa o indirectamente, disponga de la mayoría de los derechos de voto de otra sociedad o que, por cualesquiera otros medios pueda ejercer una influencia dominante sobre su actuación. 2. En particular, se presumirá que una sociedad puede ejercer una influencia dominante sobre otra cuando se encuentre en relación a ésta en alguno de los supuestos previstos en el número 1 del artículo 42 del Código de Comercio o, cuando menos, la mitad más uno de los consejeros de la dominada sean consejeros o altos directivos de la dominante o de otra dominada por ésta. A efectos de lo previsto en el presente artículo, a los derechos de la dominante se añadirán los que posea a través de otras personas que actúen por cuenta de la sociedad dominante o de otras dominadas o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona”.

¹⁴³Artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores: “A los efectos de esta Ley, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión, porque alguna de ellas ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de las demás, o porque dicho control corresponda a una o varias personas físicas que actúen sistemáticamente en concierto. Se presumirá que existe en todo caso unidad de decisión cuando concorra alguno de los supuestos contemplados en el número 1 del artículo 42 del Código de Comercio, o cuando al menos la mitad más uno de los consejeros de la dominada sean Consejeros o altos directivos de la dominante, o de otra dominada por ésta. A efectos de lo previsto en los párrafos anteriores, a los derechos de la dominante se añadirán los que posea a través de otras entidades dominadas o a través de personas que actúen por cuenta de la entidad dominante o de otras dominadas, o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona”.

forma coordinada, o supeditando los intereses de unas a las de otras. Como se ha dicho acertadamente, en este caso, "no es que los administradores coincidan porque hay grupo (basado en otras circunstancias y, especialmente, en la titularidad de las participaciones de control por parte de las mismas sociedades o de los mismos accionistas). Antes al contrario: hay grupo porque los administradores coinciden. La coincidencia se basa normalmente en razones familiares o financieras"¹⁴⁴.

En cualquier caso, no vamos a entrar en el control de sociedad o grupo de sociedades, porque lo que aquí nos interesa es sólo poner de manifiesto que el causante puede considerar como una unidad acciones (o participaciones) pertenecientes a sociedades distintas, siempre que formen parte del mismo grupo.

No queremos dejar pasar este punto sin hacer una referencia a la legislación tributaria sobre la materia, porque, de hecho, en la práctica corriente se entiende por grupo de empresas lo que estas normas determinan, y porque ellas mismas favorecen la creación de esos grupos empresariales. El capítulo VII (arts. 64 a 83) de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (RD Legislativo 4/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Impuesto sobre Sociedades) regula el "Régimen de consolidación fiscal", llamado antes de la reforma del impuesto por la Ley 24/2001 "Grupos de sociedades". El artículo 67.1 señala que "se entenderá por grupo fiscal el conjunto de sociedades anónimas, limitadas y comanditarias por acciones residentes en territorio español formado por una sociedad dominante y todas las sociedades dependientes de esta. 2. Se entenderá por sociedad dominante aquella que cumpla los requisitos siguientes: a) Tener alguna de las formas jurídicas establecidas en el apartado anterior o, en su defecto, tener personalidad jurídica y estar sujeta y no exenta al Impuesto sobre Sociedades... b) Que tenga una participación, directa o indirecta, al menos, del 75 por ciento del capital social de otra u otras sociedades el primer día del período impositivo en que sea de aplicación este régimen de tributación. c) Que dicha

¹⁴⁴PAZ-ARES, en Uría/Menéndez, *cit.*, pg. 1333.

También plantea problemas el grupo de empresas en el Derecho del trabajo, en cuestiones tales como la legitimación para los convenios colectivos, sucesión de la empresa y continuación de los contratos de trabajo, etc. Vid., últimamente SSTs (Social) 10-VI-2002 (Ar.10643) y 28-VI-2002 (Ar.10530).

En la doctrina, por todos, MONEREO PÉREZ, *El modelo de regulación jurídico laboral de los grupos de empresas: una propuesta de reforma*, Granada, 2002.

participación se mantenga durante todo el período impositivo... d) Que no sea dependiente de ninguna otra residente en territorio español, que reúna los requisitos para ser considerada dominante...”.

Este régimen fiscal es neutral, o sea, está concebido para que de su aplicación no se deriven variaciones en el comportamiento económico de los sujetos pasivos, y tiene por finalidad fundamental evitar supuestos de doble imposición sobre el titular de las acciones o participaciones sociales¹⁴⁵.

El último asunto que queda por analizar es la exigencia de que el causante tenga el “control” de la sociedad o grupo de sociedades. Desde luego, existe tal control cuando se tiene la mayoría de las acciones o participaciones de la sociedad. Sin embargo, en las grandes sociedades de capital el control no se logra usualmente mediante ese medio, sino a través de alianzas y acuerdos entre distintos grupos de accionistas (p. ej., mediante sindicatos de voto)¹⁴⁶. Como ya hemos dicho anteriormente, no creemos que el artículo 1056.II sea aplicable a estas sociedades, donde la tenencia de acciones representativas de una parte ínfima del capital social puede llevar a una situación de control.

Por otra parte, señalar también que ese control, que puede ser muy cambiante, provocaría enormes dificultades en la aplicación de la disposición testamentaria, ya que el control existente en el momento del testamento podría no existir en el de la apertura

¹⁴⁵Señala SÁENZ DE OLAZAGOITIA, *cit.*, pg. 47: “Si ‘grupo de sociedades’ es una ‘forma’ o ‘instrumento’ a través del cual se lleva a cabo una ‘empresa’ por parte de un sujeto de derecho como es la sociedad matriz. Si, además, esta realidad implica únicamente una estructura jurídica relacional diferente a la que se da en el seno de una organización empresarial económicamente equivalente, pero agrupada bajo la forma de una única sociedad. Y si, por último, el Impuesto sobre Sociedades tiene como uno de sus principios rectores el de la neutralidad, que debe entenderse también como no discriminación por razón de la forma jurídica adoptada. Resulta necesariamente que el grupo de sociedades requiere un tratamiento fiscal específico por parte del Impuesto, cuyos efectos tiendan a equipararse a los que resultan de la realización de las mismas actividades a través de una única sociedad, o de cualquier otra forma jurídica posible”. Vid. también, BLÁZQUEZ LIDOY, *El régimen de los grupos de sociedades en la Ley 43/1995*, Centro de Estudios Financieros, Madrid-Barcelona-Valencia, 1999, pg. 48.

¹⁴⁶V. al respecto, 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, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas.

de la sucesión, y viceversa.

VI. PRESUPUESTOS DE HECHO FORMALES DEL ARTÍCULO 1056.II. FORMA DE ESTABLECER LA ATRIBUCIÓN.

El Código civil en el artículo 1056.I permite al testador que haga la partición "por acto entre vivos o por última voluntad".

En realidad, la llamada partición entre vivos es también un acto por causa de muerte y de última voluntad, es decir, libremente revocable. Lo que quiere decir la ley con esa expresión es que, sobre la base de un testamento, se puede partir en un acto o documento que no reúna las rígidas solemnidades testamentarias¹⁴⁷.

El problema que se plantea es si la atribución de la empresa o acciones o participaciones sociales con obligación de compensar en metálico puede decidirse en esa partición extratestamentaria. A nuestro entender, la gravedad e importancia de la decisión, que supone alterar la legítima cualitativa, requiere un testamento, no bastando esa partición "entre vivos".

Aparte de las exigencia documentales (párrafo I), la ley establece alguna exigencia formal, en el sentido de que no haya duda a través de las palabras o signos empleados cual es para el testador su voluntad. En la disposición testamentaria debe predominar la voluntad del testador¹⁴⁸ sobre el sentido literal de las palabras (artículo 675).

A través del código lingüístico o de los signos empleados el testador pretenda afirmar su voluntad. Acaso sea por lo que antecede la nueva redacción dada al nuevo párrafo II del artículo 1056, que contiene una frase difícilmente inteligible, al decir que "si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario

¹⁴⁷Con la nueva redacción dada al artículo 831 por la Ley 41/2003, se podría entender que la partición la determina el testador dejando al cónyuge solo la fijación y concreción de los bienes que se adjudican a la legítima. Incluso, entiendo, para el supuesto que el testador solo haga una remisión general al nuevo artículo 831 ha fijado las cuotas implícitamente (legalmente, por remisión al 831), en el sentido de que a los colegitimarios no favorecidos únicamente tendrán derecho a la legítima estricta, pues se faculta al sobreviviente a dejar bienes en mejora y en la libre disposición. Además, (sin duda para favorecer la unidad y conservación de la "empresa") para asignar gananciales siempre que no se hayan liquidado dado que si se liquidase el régimen ganancial esos bienes no formarían parte de la herencia del fallecido.

¹⁴⁸cfr. MESTRE RODRÍGUEZ, *cit.*

podrá exigir su legítima en bienes de la herencia". Con ello se establece la *exigencia* formal de establecer la forma de pago.

Esta afirmación la deducimos no sólo de una interpretación sistemática de las normas sucesorias del C.c., en el sentido que el artículo 1056 es una excepción al principio cualitativo de las legítimas, y por tanto de interpretación restrictiva, sino también de la justificación de la enmienda que introdujo el precepto se dice que "esta modificación (del régimen general) sólo surtirá efectos cuando al fallecimiento del testador esté prevista la forma de sucesión en la empresa. En caso contrario, el testador habrá de *acudir a otros procedimientos*". Expresión contradictoria, por no decir chocante, pues tras su fallecimiento el testador ya no puede acudir a procedimiento alguno. Acaso, con la frase del precepto discutida puede que signifique que, si el testador instituye a todos sus legitimarios, adjudicando la empresa a uno, y sin señalar expresamente que los otros deben recibir su legítima en dinero extrahereditario, la disposición carece de virtualidad.

VII. ADQUISICIÓN DE LA EMPRESA POR EL ADJUDICATARIO.

Si el heredero adjudicatario es *único*, o bien se ha hecho *partición parcial*, con imputación de la empresa o acciones o participaciones a su cuota (lo que seguro será el supuesto más frecuente), creemos que adquiere su titularidad desde el momento de la aceptación, con efectos retroactivos al momento de la muerte del causante.

Este punto de vista ha sido sostenido también por la STS 21-VII-1986 (Ar. 4575), según la que "si el artículo mil cincuenta y seis... admite como 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 les hayan sido adjudicados"; y reafirma un poco más tarde que "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".

Como consecuencia, desde el momento de la aceptación

puede el adjudicatario inscribir en el Registro de la Propiedad los bienes inmuebles (v. arts. 80 y 81 Rh)¹⁴⁹, o hacer suyas las acciones o participaciones en la sociedad de que se trate (ya se trate de acciones nominativas o al portador, representadas mediante títulos o anotaciones en cuenta). Desde luego, no es aplicable por analogía el artículo 80.2 Rh, dada su remisión al artículo 844 del C.c., porque el artículo 1056.II C.c. rechaza explícitamente la aplicación de los artículos 843 y 844.I, que son los que exigen acuerdo unánime o autorización judicial de la liquidación de la cantidad a pagar a sus colegitimarios por el favorecido.

Sin embargo, mantiene una posición contraria a lo anterior la STS 7-IX-1998 (Ar. 6395), según la cual "el artículo 1056 del Código Civil totalmente de acuerdo con la tradición jurídica española, faculta al testador para realizar él mismo la partición hereditaria, otorgándole amplias posibilidades para ello, pero siempre con absoluto respeto a las legítimas. Pero, ahora bien, no toda disposición del testador realizada sobre bienes hereditarios, puede estimarse como una auténtica partición hereditaria. Y para delimitar la cuestión existe una 'regla de oro', consistente en que la determinación de una verdadera partición se dará cuando el testador ha distribuido sus bienes practicando todas las operaciones - inventario, avalúo, liquidación y formación de lotes objeto de las adjudicaciones correspondientes-, pero cuando, así, no ocurre, surge la figura de las denominadas doctrinalmente normas para la partición, a través de las cuales, el testador se limita a expresar su voluntad para que en el momento de la partición, determinados bienes se adjudiquen en pago de su haber a los herederos que mencione. Pues bien la parte recurrente trata de basar su tesis

¹⁴⁹En este sentido, FOSAR BENLLOCH, *cit.*, pg. 421.

Artículo 80 Rh: "1. Para obtener la inscripción de adjudicación de bienes hereditarios o cuotas indivisas de los mismos se deberán presentar, según los casos: a) Escritura de partición....b) Escritura de manifestación de herencia....c) Escritura pública, a la cual hayan prestado su consentimiento todos los interesados... 2. La inscripción de las adjudicaciones de bienes hereditarios a alguno o algunos de los hijos o descendientes con obligación de pago en metálico de la porción hereditaria de los demás legitimarios, expresará que las adjudicaciones se verifican con arreglo al artículo 844 del Código Civil.... deberá acompañarse el documento en que conste la aceptación del adjudicatario o adjudicatarios y el que acredite la confirmación de los demás hijos o descendientes o la aprobación judicial.... El pago de la porción hereditaria de los legitimarios se hará constar por nota marginal mediante el documento público que lo acredite".

Artículo 81 Rh: Establece la inscripción a favor del legatario de inmuebles específicamente legados y en virtud de que título se practicará.

casacional, en el dato consistente en estimar como una verdadera partición testamentaria, la efectuada por su difunto cónyuge en el testamento por él otorgado. Y ello no es así, desde el instante mismo que es la adjudicación de los bienes que en el testamento se realiza, *no ha sido precedida* (lo subrayado es nuestro) de las operaciones particionales antedichas, por lo que las disposiciones testamentarias, ahora contempladas, no pasan de ser unas normas generales o indicaciones a tener en cuenta en la verdadera y efectiva partición testamentaria. Y así se ha de entender en el presente caso, desde el instante mismo, que en el testamento en cuestión, se hace una designación expresa de un contador partidor, institución esta última que carecería totalmente de sentido, es más que sería un contrasentido, si la testadora hubiera dicho la naturaleza de verdadera partición hereditaria, a las disposiciones distributivas que efectuó en el testamento”.

La opinión de esta sentencia se basa en la de alguna doctrina que parece considerar la partición como un proceso liquidatorio¹⁵⁰, pero que me atrevería a sostener que no resulta la mas acertada tras la nueva LEC y el artículo 1.2 de la Ley Concursal, que al establecer los presupuestos subjetivos del concurso considera que “el concurso de la herencia podrá declararse en tanto no haya sido aceptada pura y simplemente”, como se ya ha expuesto en la primera parte de este trabajo.

VIII. DETERMINACIÓN Y PAGO DE LA DEUDA LEGÍTIMA.

El artículo 1056 dispone que se pague en metálico “su legítima” a los demás interesados. El precepto no determina a qué tipo de legítima se refiere, la extensa o la estricta. Se plantean, por tanto, diversos problemas que tendrán que solventarse en el ámbito de la hermenéutica testamentaria¹⁵¹.

Por tanto, el problema se plantea respecto de los hijos o descendientes, en que el causante puede mejorar a uno en perjuicio de los otros. El C.c. es más bien contrario a las mejoras que no sean expresas, de manera que, a pesar del artículo 828, parece que si el causante hace una disposición del tipo “instituyo heredero a mi

¹⁵⁰Vid. DE LA CÁMARA, “Estudio...”, *cit.*, y “Comentario al artículo 1056”, en *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. I, 2ª ed., Madrid, 1993, pg. 2485; le sigue FERNÁNDEZ GIMENO, *cit.*, pgs. 284 y 285.

¹⁵¹cfr MESTRE RODRÍGUEZ, *La interpretación testamentaria. Notas a la regulación del C.c.*, Universidad de Muria, 2003.

hijo Fulano en mi empresa y que éste pague a los demás lo que les corresponde en dinero", no creo haya de entenderse que el hijo Fulano ha sido mejorado¹⁵². Hay que tener en cuenta que el artículo 828 está redactado en un supuesto en que se intenta, mediante una corrección de la imputación, que no haya infracción de la legítima; pero en el supuesto que hemos planteado hay ya por esencia infracción de esa legítima. Por supuesto, que no haya sido mejorado no quiere decir que no se entienda que el tercio libre sea para el hijo adjudicatario.

Distinto sería el supuesto de que el causante dijera "nombro a mis hijos herederos por partes iguales, y le adjudico a Fulano la empresa familiar, debiendo éste compensar a los otros en dinero"¹⁵³. En ese caso, los demás hijos participarían no sólo del tercio de mejora, sino también del tercio libre. Con todo, no parece que la posición de éstos sea la de herederos (con la consiguiente responsabilidad por las cargas de la herencia) sino la de simples legatarios de la suma de dinero (v. artículo 875.I)¹⁵⁴.

Finalmente, otra opción que tiene el causante, para hacer más viable el pago en metálico por parte del beneficiado es instituirlo heredero en su legítima estricta, todo el tercio de mejora y la parte libre, reduciendo a los demás a lo que por legítima estricta les corresponde.

Sin embargo, como ya hemos indicado, las cosas en la práctica no serán normalmente tan fáciles. Es muy difícil que el causante sólo tenga exactamente esa empresa o acciones o participaciones a las que se refiere la ley. Seguramente tendrá también algún numerario (no afecto a la llevanza de la empresa) y algunos otros bienes. En tal caso, los colegitimarios tendrán derecho a tomar su parte de esos bienes, aunque no basten para completar su legítima. Y si el causante los ha nombrado herederos, bien podría pensarse que lo son efectivamente, respondiendo también de las deudas hereditarias. Por eso, ya se ha señalado anteriormente que lo más prudente y adecuado sea que el causante nombre a los hijos herederos con partición parcial de la empresa o acciones imputadas a la cuota del hijo al que se quiere beneficiar.

¹⁵²Sin embargo, creen que sí ha sido mejorado FOSAR BENLLOCH, *cit.*, pg. 407, y PALAZÓN GARRIDO, *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, Valencia, 2003, pg. 280.

¹⁵³Este supuesto parece admisible, a pesar de que el nuevo 1056.II hable sólo de que "se pague en metálico su legítima a los demás interesados".

¹⁵⁴Artículo 875.I C.c.: "El legado de cosa mueble genérica (la suma de dinero) será válido aunque no haya cosa de su género en la herencia".

Quiero señalar, por otra parte, que el artículo 847 señala que la fijación de la suma o cuantía de dinero a recibir los legatarios dependerá de la “valoración de los bienes al tiempo (en el día) de la liquidación” de “la porción correspondiente, teniendo en cuenta los frutos o rentas hasta entonces producidas. Desde la liquidación, el crédito metálico devengará el interés legal”. Es dudoso si tales prescripciones son aplicables al artículo 1056.II. Nos inclinamos, en principio, por su no aplicación.

Como se dijo en la primera parte de este estudio, el precepto del artículo 847 tiene su origen en el ya señalado trabajo de DE LA CÁMARA, del año 1964, que, después de admitir como regla general en nuestro Derecho positivo la posibilidad del pago en metálico de la legítima a todos los hijos menos uno, intenta proteger a aquéllos con unas medidas que nos parecen excesivas, por no calificarlas de poco acertadas. Merece transcribir el siguiente pasaje de DE LA CÁMARA, pues lo considero importante para comprender el artículo 847 del C.c.. Comienza este autor señalando que “puesto que la Ley no inviste al legitimario con la cualidad de heredero, ni le defiere una cuota de la herencia, quiere decirse que sólo le garantiza una fracción del activo hereditario líquido, lo que es distinto a asegurarle la participación en los bienes de la herencia”¹⁵⁵. Sin embargo, después de admitir una formulación tan flexible del derecho legitimario, buena parte del trabajo se dedica a intentar asegurar la posición de esos legitimarios perceptores de dinero extrahereditario. Opina que “el Código civil *no defiere* al legitimario, directamente, una cuota de la herencia, sino que *sólo reserva a su favor* una parte alícuota del patrimonio hereditario líquido. Esta es... la ‘porción de bienes reservada’ de que habla el artículo 806”¹⁵⁶. No obstante, cuando el legitimario recibe bienes determinados, esto supone que “los bienes concretos dejados por el testador en pago de la legítima se reciban por el legitimario *en sustitución* de la cuota”¹⁵⁷. Y lo anterior lleva a que “la acción que compete al legitimario para reclamar su cuota surte efectos contra terceros. La cuota está ‘reservada por la ley’ y se prohíbe al testador disponer de ella. Ciertamente que el artículo 806... tiene sólo un valor relativo en este punto... Pero la adecuada conjugación de todas las normas atinentes a la materia debe llevar a la conclusión

¹⁵⁵DE LA CÁMARA, “Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil”, *cit.*, pg. 752.

¹⁵⁶Pg. 792.

¹⁵⁷Pg. 794.

de que la prohibición de disponer que formula aquel artículo se conculca cuando no se cumplen los requisitos y condiciones a que implícitamente está subordinada la sustitución. Por consiguiente, la acción que corresponde al legitimario para reclamar su cuota, en las hipótesis contempladas, debe, en principio, alcanzar o perjudicar a terceros, como sucede, según el sentir unánime de la doctrina, con las acciones ejercitables frente a disposiciones que infringen limitaciones o prohibiciones legales de disponer. Abona esta conclusión el hecho de que la cuota reclamada *esté reservada por la Ley*. Tal reserva carecería de significado si el derecho a la cuota se tradujera en un simple crédito del legitimario”¹⁵⁸.

Desarrollando el razonamiento, añade DE LA CÁMARA que “cuando el legitimario haya quedado excluido por el testador de los bienes hereditarios... la partición sólo puede considerarse consumada mediante el pago de la cantidad que corresponde al legitimario. La partición en otro caso no puede impedir al legitimario, si el pago no se realiza, reclamar su cuota reservada. Precisamente porque el metálico se recibe en sustitución de la cuota reservada por la Ley, es por lo que debe estimarse que el derecho a reclamar ésta continúa latente hasta que el pago se efectúe y con él se consume la sustitución prevista por el testador. De lo contrario, la partición convertiría al legitimario en un simple acreedor de los herederos, conclusión que pugna con el principio general formulado por el artículo 806”¹⁵⁹. Si el legitimario “considera suficiente la asignación dispuesta a su favor, puede exigir de inmediato el pago de aquélla. Podrá reclamar judicialmente la suma asignada, y subsidiariamente, la cuota reservada. Pues que el derecho a la cuota reservada no queda definitivamente eliminado hasta el pago, si éste no se produce, el legitimario podrá recabar aquélla. La sustitución de la cuota reservada por metálico extrahereditario sólo es admisible en la medida en que éste proporcione al legitimario el mismo beneficio cuantitativo que la cuota. Por eso estimo -sigue diciendo DE LA CÁMARA- que, cuando el heredero demore indebidamente el pago, el legitimario podrá exigir de modo directo y exclusivo la cuota. De lo contrario, los intereses del legitimario podrían quedar gravemente perjudicados al verse privado, sin compensación alguna, y en virtud del pago tardío, de los beneficios que hubiere podido reportarle la propia cuota reservada”¹⁶⁰.

¹⁵⁸Pgs. 804 y 805.

¹⁵⁹Pg. 825.

¹⁶⁰Pgs. 900 y 901.

Y unos treinta años mas tarde, en 1983, el mismo autor resume su posición diciendo que “la reserva cumple una función de garantía, garantía que no tiene el sentido de manifestarse como un derecho real de realización de valor, tal como acontece en los sistemas, como el catalán, que conciben la legítima como ‘pars valoris bonorum’ sino de una forma aún más efectiva. En tanto el legitimario no sea pagado no será posible, sin su concurso, que los herederos se repartan la herencia, ni que dispongan de los bienes hereditarios. Esta es la verdadera dimensión de la legítima como ‘cuota reservada’, y a esta idea responde también la concepción de la legítima como ‘pars bonorum’”.¹⁶¹

Como ya se indicó en la primera parte de este trabajo, el Proyecto de Ley por el que se modificaron los artículos 841 y ss. (referidos anteriormente al pago de la legítima de los hijos naturales) pretendía permitir el pago de la legítima en dinero a los hijos matrimoniales, mientras que los extramatrimoniales quedaran reducidos a recibir sus derechos en dinero. Sin embargo, durante el proceso parlamentario se pensó que la regulación podía ser inconstitucional, y el propio grupo parlamentario que sustentaba el Gobierno presentó una enmienda, la 119, en el Senado¹⁶² que, entre otras cosas, daba una nueva redacción a todos los preceptos referidos al pago en metálico en casos especiales. En esa larguísima enmienda la redacción del artículo 847 era: “Hasta que hayan sido satisfechas las cuotas de los hijos o descendientes que deban percibirlos en metálico no podrán los demás, sin el consentimiento de los primeros, disponer de los bienes hereditarios, ni éstos podrán ser embargados por sus acreedores particulares. La inscripción de bienes inmuebles de la herencia en el Registro de la Propiedad a nombre de los hijos o descendientes, facultados para pagar en metálico la porción hereditaria de sus hermanos, no podrá practicarse, de no mediar el consentimiento de los últimos, más que si se acredita que el pago tuvo lugar o que se ha hecho la partición de acuerdo con lo previsto en el párrafo segundo

¹⁶¹DE LA CÁMARA, “El pago en metálico de la legítima de los hijos o descendientes después de la Ley de 13 de mayo de 1981”, *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, 11, Madrid, 1983, pgs. 125 y ss. La cita es de las pgs. 133 y 134.

¹⁶²cfr. SANTAOLALLA, *Código civil (Reformas 1978-1983) Trabajos parlamentarios*, t. I, Madrid, 1985, pgs. 681 a 705.

del artículo 846"¹⁶³.

Sin embargo, no se aceptó esa configuración de la legítima y se optó por la redacción todavía vigente.

A mi juicio, la teoría hasta ahora expuesta no concuerda con el sistema legitimario del Código, como señalé en la primera parte del presente estudio. Es reconocido por la gran mayoría de la doctrina, que no existe una cuota de reserva a favor de los legitimarios, sino que se da plena libertad al causante para disponer por el título que quiera (artículo 815) y para repartir sus bienes cómo quiera (artículo 1056.I), siempre que respete la legítima tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo (artículo 813). Sin embargo, este punto de partida, aceptado también por el autor antes citado, es rebajado con frecuencia por la doctrina, que apela a la "porción de bienes reservada" a que hace mención el artículo 806 a fin de proteger al legitimario¹⁶⁴. A nuestro entender, convendría dejar claro que en

¹⁶³En el proceso legislativo también tuvo un papel decisivo DE LA CÁMARA, como él mismo reconoce en el artículo últimamente citado, "El pago en metálico... *cit.*, pgs. 140 y ss. Señala (pg. 142) respecto de los nuevos preceptos que "Arrancan éstos del borrador de Anteproyecto que redactó un grupo de trabajo, en el seno de la Comisión General de Codificación, y al que se le encargó el estudio de la nueva disciplina sobre la filiación. Yo tuve el honor de ser el ponente y estoy, pues, en excelentes condiciones para explicar de qué forma se suscitó la cuestión que ahora estudiamos". Más tarde, cuando se propuso la enmienda que es antesala de la redacción definitiva, también intervino de forma muy relevante: "Cuando el texto pasa del Congreso al Senado, un Senador, cuyo nombre no viene al caso, atribuyéndome una competencia sobre el tema de la que carezco me pidió que redactase una serie de enmiendas a parte del Proyecto de Ley relativo a la filiación. Mi primera intención fue proponer una enmienda a la totalidad, pero como comprendí que semejante empeño era inútil, me concreté a redactar unas cuantas, que en mi opinión, tenían alguna posibilidad de ser aceptadas. Entre esas enmiendas figuran las que formulé a los artículos 841 y siguientes. Un buen día fui llamado a asistir, no se bien todavía en virtud de qué título, a participar en las deliberaciones de la Comisión de Justicia del Senado, lo que se debió probablemente a que el Senador en cuestión tuvo la nobleza de comunicar a sus compañeros que, aun cuando él asumía mis enmiendas como suyas, el autor de las mismas era yo. Como se comprenderá, traté de conseguir que tales enmiendas fueran aceptadas, lo que logré sólo a medias, porque en la reunión tropecé con la oposición, casi sistemática, del delegado de la asesoría técnica del Gobierno" (pgs. 146 y 147).

¹⁶⁴En realidad, el punto de partida principal de DE LA CÁMARA son las opiniones de VALLET expresadas en "Notas para la interpretación del párrafo segundo del art. 1.056 y del art. 863 del Código Civil", *RGD*, pgs. 674 y 675, y en "Apuntes de Derecho sucesorio (Posición y derechos de los legitimarios en el Código civil)", *ADC*, IV, 1951, pg. 1450. Le siguen, por. ej., LACRUZ, *Derecho...*, *cit.*, ed. 1976, pg. 200; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, *cit.*, pg. 396; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, *cit.*, pg. 707.

nuestro Derecho civil común no hay reserva alguna ni cuota reservada, y que el artículo 806 está inspirado en el Código francés, pero es contradicho por el resto de las normas referidas al tema de las legítimas. Por ello, no se debe recurrir al artículo 806 y a al vez recurrir a los preceptos que lo contradicen. No se debe acudir a concepciones opuestas sobre la legítima, según interese al intérprete en cada caso concreto. De hecho, la opinión de DE LA CÁMARA está tomada en parte de la doctrina italiana (cita, p. ej., a CICU, AZZARITTI O MENGONI), pero es que la opinión de ésta se basa en un sistema legitimario completamente distinto. Por eso, el artículo 551 del *Codice civile* regula el legado en sustitución de la legítima, situación a la que parece querer equipararse aquí el legado en dinero extrahereditario en pago de la legítima.

En nuestro Derecho no hay atribuciones del causante en sustitución de una supuesta cuota reservada, sino que, como ya se dijo en la primera parte del trabajo, lo que hay es un amplio poder concedido al causante para disponer a favor de los legitimarios como mejor le parezca. Cuando el causante dejase al legitimario un legado de determinada cantidad de dinero a satisfacer en metálico hereditario, el legatario tiene, guste o no, un derecho de crédito contra el heredero¹⁶⁵. Y si el heredero malgasta ese dinero, de manera que ya no queda metálico hereditario con el que pagar al legatario legitimario, no se convierte ese derecho de crédito en una cotitularidad del caudal relicto, sino que simple y llanamente tendrá que solicitar judicialmente el pago de la cantidad de dinero señalada, promoviendo, en su caso, la ejecución forzosa. La manera, en todo caso, de asegurar su derecho es solicitar la anotación preventiva que regulan los artículos 42.7º y 48 y ss. Lh o promover el proceso de división, si hay más de un heredero (artículos 782 y ss. Lec).

Y si ésta es la situación del legitimario legatario de una cantidad de dinero hereditario, no se ve por qué ha de ser radicalmente distinta la del legitimario que ha de ser pagado con dinero extrahereditario.

En cualquier caso, es evidente que el legislador, en el caso de los artículos 361 841 y ss., quiso conceder un tratamiento especial

¹⁶⁵En contra, LACRUZ, *Elementos*, cit. p. 176, siguiendo a VALLET, dirá: “la concesión al instituido de la facultad de pagar la legítima en dinero no relicto no convierte a los legitimarios en meros acreedores del heredero: su derecho, hasta que la legítima sea satisfecha sigue gravitando sobre el caudal mismo, y su situación en orden a la garantía de cobro no es distinta de los legitimarios a quien lega el testador una cantidad o cosa genérica”.

a los legitimarios que debían recibir una cantidad de dinero. Ahora bien, pretender que estos legatarios son cotitulares del caudal relicto hasta que se realice la partición excede con mucho de la finalidad pretendida. En realidad, lo que se pretende con el artículo 847 son dos cosas:

- evitar el riesgo de la depreciación de la moneda, para lo cual se establece que el crédito, desde su liquidación, devengará el interés legal.

- garantizar el derecho al cobro por parte de los legitimarios.

Ahora bien, como decimos, el texto de la norma excede con mucho del objetivo pretendido; parece que estamos ante una *fiducia cum creditore* establecida por la propia ley. Ya establece el artículo 844.II que "transcurrido el plazo sin que el pago haya tenido lugar, caducará la facultad conferida a los hijos y descendientes por el testador o el contador-partidor y se procederá a repartir la herencia según las disposiciones generales sobre la partición". Ahí se planteará entonces el problema de los frutos y rentas obtenidas desde la toma de posesión de los bienes hereditarios hasta la resolución.

Sin embargo, si pretendemos que los colegitimarios del adjudicatario son cotitulares de los bienes hasta el momento de la liquidación de la deuda, en buena lógica han de tomar parte en la administración y disposición de los bienes concedidos a uno de ellos, con lo que la finalidad del precepto -evitar conflictos entre los colegitimarios- fracasa rotundamente. De hecho, tan problemática es la regulación de los artículos 841 y ss. que no hemos podido encontrar una sola resolución del Tribunal Supremo o de las Audiencias Provinciales sobre este tema. Por otra parte, si los colegitimarios son cotitulares de verdad hasta la liquidación, entonces tendrían que participar de la administración y gestión del relicto, con lo que serían verdaderos herederos, que responderían de las deudas del causante, si no aceptan a beneficio de inventario; igualmente, serían sujetos activos y pasivos de la colación (artículo 1035). Pero semejantes conclusiones es difícil que sean mantenidas¹⁶⁶.

¹⁶⁶En relación con este asunto, es muy recomendable la lectura del corto pero valioso artículo de SAGUER, "Naturaleza jurídica de la legítima según el derecho civil de Cataluña", *R.D.Pr.*, t. V, 1918, pgs. 169 y ss. En él se ponen de manifiesto las inconsecuencias que se derivaban de la opinión de algunos autores de la época que consideraban al legitimario catalán no instituido heredero como cotitular de los bienes hereditarios, y no simple acreedor.

Por el contrario, el punto de partida de DE LA CÁMARA ha sido aceptado,

En cualquier caso, y ciñéndonos al caso analizado del artículo 1056.II, no creemos que el artículo 847 sea aplicable en toda su *extensión*. Ante todo, porque el artículo 1056.II, último inciso excluye la aplicación del artículo 843 (aprobación judicial), que tiene por finalidad que se fije y que se liquide la cantidad a pagar a los colegitimarios, momento éste hasta el que éstos tienen derecho a los frutos y rentas de los bienes hereditarios.

En segundo lugar, y nos parece todavía más importante, estamos hablando de una empresa, y lo que no tiene sentido es que los frutos y rentas obtenidos por el esfuerzo de uno tengan que ser repartidos entre varios; o sea, que el adjudicatario esté trabajando para sus hermanos. Así que, en justicia, o si se quiere, en equidad, habría que valorar el trabajo realizado por el adjudicatario y deducir de los frutos y rentas a repartir aquella cantidad. Pero es que, además, los problemas valorativos pueden ser muy grandes. Imaginemos que la empresa es una inmobiliaria que se dedica a la compra y venta de pisos; o que de una pequeña tienda de ropa logre el adjudicatario convertirse en franquiciador. O, por el contrario, que el próspero bar que dejó el padre lleno de clientes es ahora un negocio ruinoso por la incompetencia del heredero.

En fin, lo que tal vez tendría más sentido, *sin desechar* del todo la aplicación del artículo 847, es que el heredero debiera a sus colegitimarios la cantidad de dinero correspondiente más el interés legal desde el momento del fallecimiento del causante hasta el momento del pago. El que la liquidación de la deuda se haga transcurrido un cierto tiempo desde la apertura de la sucesión no sería obstáculo, pues una vez liquidada la deuda según el valor en el momento de la muerte, se sumarían con carácter retroactivo aquellos intereses legales¹⁶⁷.

Otro problema añadido sería el saber qué mecanismos de control tienen los otros legitimarios para saber a cuánto ascienden sus derechos.

Desde luego, parece que no pueden acudir a un proceso de

sin reserva, por PANTALEÓN, "Comentario a los artículos 841 a 847", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, ed. Tecnos, Madrid, 1984, pgs. 1332 y ss.; el que, a su vez, ha arrastrado a otros autores, como LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, *Derecho...*, *cit.*, pg. 395: "la ley concibe la conmutación como un acto particional extraordinario: acto particional que provoca la salida de algunos legitimarios de la comunidad hereditaria".

¹⁶⁷Por el contrario, VALLET, "Comentario al artículo 1056", *cit.*, pg. 169, defiende, tras la reforma de los arts. 841 y ss., la plena aplicación del art. 847 al supuesto del 1056.II.

división de patrimonios porque la jurisprudencia ha dicho reiteradamente que no procedía el juicio de testamentaria cuando el causante había hecho la partición, y lo mismo resulta del artículo 15.I Lh.¹⁶⁸, que después de la reforma del C.c. sería de aplicación al artículo 1056.II.

No obstante, el artículo 782.4 Lec¹⁶⁹ sí permite instar el procedimiento a los acreedores reconocidos en el testamento; pero la finalidad, en ese caso, es que no se entreguen los bienes hasta que no se pague, y eso no procede en el caso de los legitimarios, pues sí podrán entregarse..

Se podría sostener como instrumentos de control que quizá los legitimarios puedan solicitar diligencias preliminares (artículos 256 y ss Lec) o medidas cautelares (artículos 721 y ss. Lec).

En sentido técnico parece que las medidas cautelares no proceden, pues éstas sólo tienen por finalidad "asegurar la tutela judicial solicitada que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictase" (artículo 721.1 Lec), y, además, las medidas cautelares "se solicitarán, de ordinario, junto con la demanda principal" (artículo 730.1 Lec); y en el supuesto que estudiamos no se trata de eso, pues no se instará el juicio hasta pasado el plazo de exigibilidad del crédito que establece el artículo 1056.II C.c. Sin embargo, es verdad que el artículo 727.4º prevé como medida cautelar "la formación de inventarios de bienes", pero la función de esa medida es asegurar la entrega de una masa patrimonial o conjunto de bienes, y éste no es el supuesto que examinamos del derecho

¹⁶⁸Artículo 15.1 Lh.: "Los derechos del legitimario de parte alícuota que no pueda promover el juicio de testamentaria por hallarse autorizado el heredero para pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles, así como los de los legitimarios sujetos a la legislación especial cata-lana, se mencionarán en la inscripción de los bienes hereditarios".

¹⁶⁹Artículo 782 Lec.: "Solicitud de división judicial de la herencia. 1. Cualquier coheredero o legatario de parte alícuota podrá reclamar judicialmente la división de la herencia, siempre que ésta no deba efectuarla un comisario o contador-partidor designado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por resolución judicial... 3. Los acreedores no podrán instar la división, sin perjuicio de las acciones que les correspondan contra la herencia, la comunidad hereditaria o los coherederos, que se ejercitarán en el juicio declarativo que corresponda, sin suspender ni entorpecer las actuaciones de división de la herencia. 4. No obstante, los acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y los que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos... 5. Los acreedores de uno o más de los coherederos podrán intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos".

de crédito que reconoce el artículo 1056 C.c.

En cambio, me atrevería a sostener que sí procede la aplicación de diligencias preliminares, ya que, como señala la doctrina procesal, con este nombre de diligencias preliminares se comprende un conjunto de actuaciones, clásicas en nuestro derecho, de carácter jurisdiccional por las que se pide al Juzgado (de Primera Instancia) competente la práctica de determinadas actuaciones tendentes a la obtención de datos indispensables para que un futuro juicio pueda llegar a buen fin. Aunque hubo sectores doctrinales que las consideraban como un verdadero proceso, hoy predomina la idea de que su naturaleza auténtica es la de ser actos procesales preparatorios de un proceso jurisdiccional y su fundamento está en la imposibilidad de que el futuro demandante obtenga por sí mismo y sin auxilio de la autoridad judicial ciertos datos necesarios para poder presentar una demanda. El problema, aún así, es que parece que estas medidas cautelares son *numerus clausus*; con todo, se podrían incluir en el artículo 256.1.2º, que se refiere a la “solicitud de que la persona a la que se pretende demandar exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio” (v. también 256.1.3º y 5º¹⁷⁰). Podría pensarse, en una interpretación extensiva, en la exhibición del documento donde conste la póliza de crédito o el aval garantizando el pago en el plazo máximo establecido por el artículo.

El inciso segundo del artículo 1056.II contempla el *pago*. Establece “realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o 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”.

Como se ve, el legislador ha tenido muy en cuenta las posibles dificultades del adjudicatario para realizar un pago inmediato, y por eso permite, a diferencia del artículo 844.I, que el cumplimiento se aplaze hasta *cinco* años.

El artículo, en su inciso segundo, se refiere al testador o al

¹⁷⁰Artículo 256 Lec: “Clases de diligencias preliminares y su solicitud. 1. Todo juicio podrá prepararse:...2º Mediante solicitud de que la persona a la que se pretende demandar exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio. 3º Por petición del que se considere heredero, coheredero o legatario, de exhibición, por quien lo tenga en su poder, del acto de última voluntad del causante de la herencia o legado....5º Por petición del que se considere perjudicado por un hecho que pudiera estar cubierto por seguro de responsabilidad civil, de que se exhiba el contrato de seguro por quien lo tenga en su poder”.

“contador- partidor por él designado”. Del texto se podrían deducir varias cuestiones.

En primer lugar, que no es necesario que el contador partidor esté expresamente autorizado por el causante para establecer el aplazamiento del pago, sino simplemente basta que lo haya nombrado.

En segundo lugar, se deduce con claridad que no es posible que el aplazamiento lo decida el contador-partidor dativo del artículo 1057.II: por tanto, si el causante no establece un término y no nombra contador, el pago será exigible desde luego (artículo 1113).

Y el tercer extremo, que la función de este contador-partidor, cuando el único bien de la herencia sea la empresa, no es la de partir, sino simplemente la de establecer el plazo para pagar.

IX. GARANTÍAS DE LOS ACREEDORES.

El artículo 1056 que estudiamos no establece ningún tipo de garantías para los legitimarios perceptores de dinero. A este respecto es significativo que el precepto señale que no se aplica el artículo 844.I, que reconoce a los pagados con dinero extrahereditario las garantías del legatario de cantidad; aunque también podría pensarse que la exclusión del artículo 844.I tenía por objeto tan sólo eliminar la comunicación de la decisión de pago a los perceptores y la fijación del término de un año para hacer el pago el adjudicatario.

A nuestro entender, y con todas las dudas, parece que los colegitimarios pueden resolver la atribución si no se le paga en el plazo establecido por el causante o el contador-partidor, porque el nuevo artículo 1056, último inciso excluye la aplicación del artículo 844.I, pero no la del 844.II, y éste señala que “transcurrido el plazo (para el 1056 será el de cinco años y no el de un año del 844.I) sin que el pago haya tenido lugar, caducará la facultad conferida a los hijos o descendientes por el testador o el contador-partidor y se procederá a repartir la herencia según las disposiciones generales sobre la partición”. Con lo cual parece que el adjudicatario tiene una titularidad claudicante, pendiente de la posible resolución.

No obstante, el artículo 1124, al regular la resolución de las obligaciones por impago, señala (apartado cuarto) que la resolución se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, conforme a los artículos 1295 y 1298 C.c. y la Lh. Es decir, que si el adjudicatario transmite los bienes antes del paso de los cinco años que, como máximo, se le conceden para pagar, los cole-

gitimarios no podrán dirigirse contra el tercero que adquirió a non domino, pero sí exigir la realización de la partición conforme a las normas generales.

Además, si todos o algunos de los bienes adjudicados son inmuebles puede ser de aplicación el artículo 15 Lh. Dicho artículo dispone en su párrafo primero que “los derechos del legitimario de parte alícuota que no pueda promover el juicio de testamentaria por hallarse autorizado el heredero para pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles, así como los de los legitimarios sujetos a la legislación especial catalana, se mencionarán en la inscripción de los bienes hereditarios”. Como se ve, tales derechos no son objeto de inscripción separada y especial, sino que se “mencionan” al inscribirse el derecho del heredero sobre los bienes inmuebles parte de la herencia¹⁷¹. En cualquier caso, el precepto evita el surgimiento de un tercer adquirente de buena fe, porque, por el principio de tracto sucesivo, para inscribir una transmisión es necesario que el transmitente aparezca como titular en el Registro, de manera que la inscripción de la hipotética transmisión del heredero conlleva necesariamente la inscripción de su propia titularidad y la mención de los derechos de los otros legitimarios (téngase en cuenta en que, tal como está redactado el artículo 1056.II, por esencia es necesario que en el testamento conste la existencia de otros legitimarios y su crédito a un pago en metálico).

La aplicación del precepto hipotecario al Derecho civil común es discutida, pues su función primordial fue la protección del legitimario catalán¹⁷². Así, entre los primeros comentaristas de la Ley Hipotecaria de 1944 se dijo que “conviene adelantar que, cualquiera que haya sido el propósito del legislador, no puede tener

¹⁷¹No deja de ser curioso que la Ley Hipotecaria de 1944, que eliminó de forma general las menciones registrales, incluyera esta nueva mención.

¹⁷²En la Lh de 1944 se incluyó el artículo 15 como forma de proteger al legitimario catalán, pues su legítima ha constituido tradicionalmente sólo en un derecho de crédito.

Sin embargo, hoy día, el artículo no es aplicable al Derecho catalán, en virtud de lo dispuesto en el art. 366 del Código de Sucesiones por Causa de Muerte, de Cataluña: “L'hereu respon personalment del pagament de la llegítima i del suplement d'aquesta.

El dret a la llegítima no autoritza per a promoure el judici de testamentaria, però el legitimari pot demanar que sigui anotada preventivament en el Registre de la Propietat la demanda de reclamació de la llegítima o del suplement d'aquesta.

En canvi, la llegítima no dóna lloc per ella mateixa a cap altre assentament en l'esmentat Registre, llevat de l'anotació preventiva del llegat, si esqueia”.

aplicación el artículo 15, que sienta una afirmación que no vacilo en calificar de inadmisibile si se refiere al Derecho sucesorio del Código civil: ¿Cuándo hay legitimarios que no sean de parte alícuota? ¿Cuándo el legitimario no está autorizado para promover el juicio de testamentaria? Aunque el testador disponga que se paguen en metálico las legítimas, en el supuesto excepcional del artículo 1056, párrafo 2º del Código civil, el legitimario puede promover dicho juicio, al menos para obtener el avalúo de la explotación, como lo puede hacer en todo caso, conforme al artículo 1039 (corresponde al actual artículo 782 de la Lec de 2000) de la Ley de Enjuiciamiento civil¹⁷³.

Y poco después otro autor presentó su "protesta ante el intento de *unificación legislativa al revés y por sorpresa*", añadiendo que en el caso del artículo 1056.II "el heredero *no está autorizado para el pago, sino obligado a hacerlo* que es algo diferente"¹⁷⁴.

Sin embargo, la casi totalidad de la doctrina posterior ha considerado aplicable el artículo 15 Lh al supuesto que estudiamos del artículo 1056¹⁷⁵.

La verdad es que, como ya se ha señalado y resulta de la misma redacción de artículo 15 Lh., éste se pensó para proteger al legitimario catalán. El artículo 15 del Proyecto de Ley presentado por el Gobierno a las Cortes empezaba así: "en las regiones de régimen civil especial, en que se autorice el pago de las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles, se mencionarán aquéllas en el cuerpo de la inscripción de cada uno de los bienes hereditarios"¹⁷⁶. Sin embargo, en el trámite legislativo el diputado LORENTE SANZ, destacado jurista aragonés y defensor acérrimo de su

¹⁷³SANZ FERNÁNDEZ, "La reforma de la ley Hipotecaria", R.D.Pr., t. XXIX, 1945, pg. 6, nota 6.

¹⁷⁴GONZÁLEZ PALOMINO, "El acrecimiento en la mejora", en "Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio", *AAMN*, II, 1946, recogidos en *Estudios jurídicos de arte menor*, vol. II, Pamplona, 1964 (por donde se cita), pgs. 253 y 255, nota 6.

¹⁷⁵DE LA CÁMARA, "Estudio...", *cit.*, pgs. 878 a 882; FOSAR BENLLOCH, *cit.*, pgs. 418 a 421; LACRUZ, *Elementos*, *cit.*, n. 381, pg. 499; PALAZÓN GARRIDO, *cit.*, Valencia, 2003, pgs. 284 a 287; PUIG BRUTAU, *Fundamentos...*, *cit.*, pgs. 396 y 397; RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, *cit.*, pg. 707; VALLET, "Comentario al artículo 1056", *cit.*, pg. 162.

¹⁷⁶Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*, t. III, Leyes de 1944 y 1946, Madrid, 1990, pg. 40.

Derecho, puso de manifiesto el diferente sistema sucesorio y familiar de Aragón respecto de Cataluña y “la profunda alteración que en el Derecho aragonés produciría la proyectada reforma del artículo 15 sin ninguna necesidad sentida y sin ninguna utilidad, ya que, repetimos, los problemas que pretende resolver la reforma se plantean exclusivamente en Cataluña. El artículo 15 debiera, pues, referirse exclusivamente al Derecho Catalán. Bastará para ello dar al primer párrafo de dicho artículo la siguiente nueva redacción que proponemos como *enmienda*: ‘Los derechos de los legitimarios en Cataluña se mencionarán en el cuerpo de la inscripción de cada uno de los bienes hereditarios...’. Si se quisiera dar al proyectado artículo 15 una aplicación general, no limitada a los derechos forales, habría de referirse a los legitimarios de *parte alícuota* exclusivamente. En tal caso, la *enmienda* tendría esta *otra redacción*: ‘Los derechos del legitimario de parte alícuota que no pueda proponer el juicio de testamentaría por hallarse autorizado el heredero para pagar las legítimas en efectivo o en bienes no inmuebles, se mencionarán en el cuerpo de la inscripción de los bienes hereditarios’”¹⁷⁷.

Finalmente, “la Ponencia admitió en principio el artículo del Proyecto, pero con las siguientes modificaciones: ‘Su párrafo primero recoge la sugestión del señor LORENTE SANZ relativa a este artículo, pero aclarando lo referente a los derechos de los legitimarios sujetos a la legislación civil catalana porque, en caso contrario, subsistiría en dicha región la vulneración actual del principio de especialidad por lo que respecta a las hipotecas’”¹⁷⁸.

Como se ve, una solución de compromiso parlamentario entre foralistas catalanes y aragoneses es lo que dio lugar a la actual redacción del artículo 15 Lh. A nuestro entender, sea cual fuere la intención del legislador (que, porqué no, bien pudo pensar precisamente en el artículo 1056.II), creemos que el artículo 15 es aplicable perfectamente al caso que nos ocupa. Además, el que la mención produzca la afección solidaria de todos los bienes inmuebles hereditarios durante un plazo de 5 años (párrafo quinto del artículo 15 Lh), y que ése sea precisamente el plazo máximo que para el pago concede el artículo 1056.II no parece precisamente una casualidad.

En cualquier caso, como se ha dicho acertadamente, no per-

¹⁷⁷Ilustre Colegio..., *cit.*, pg. 82

¹⁷⁸*Idem*, pg. 86.

mitir la aplicación del artículo 15 nos llevaría a la absurda consecuencia de que el heredero adjudicatario no pudiera inscribir en el Registro su adquisición; o, si se permitiera la inscripción, no podría constar la afección de los bienes hereditarios¹⁷⁹.

Con todo, el artículo 15 Lh no señala con claridad en qué consiste técnicamente esa afección de los bienes hereditarios al pago de las legítimas. En el Preámbulo de la Ley de 30-XII-1944 se decía que "los legitimarios obtienen una protección sólida y eficaz, parangonable a la del acreedor hipotecario". De ahí parece deducirse que estamos ante una especie de privilegio crediticio con el mismo rango de la hipoteca, y también con efectos respecto de terceros, aunque no parece que le sea aplicable el procedimiento especial de ejecución de los bienes hipotecados (o pignorados) de los artículos 681 y ss. Lec.

Por último, parece oportuno recordar que la mención no puede extenderse sobre la parte del tercio libre que haya sido atribuida con obligación de pagar en metálico a los hermanos.

Por otra parte, también podría sostenerse como garantía de la legítima que siendo la adjudicación de carácter modal, debido al artículo 844.II, parece que también podría hacerse constar dicho modo en el Registro de la Propiedad con plena eficacia respecto de terceros, para lo cual puede aducirse que se admite la inscripción de derechos sometidos a condición (artículo 9.2ª y 23 Lh., y 51.6ª Rh.)¹⁸⁰.

El problema principal para garantizar el pago se planteará cuando en la herencia no haya bienes inmuebles, o no los haya en cantidad suficiente para asegurar el crédito de los colegitimarios;

¹⁷⁹DE LA CÁMARA, "Estudio...", *cit.*, pg. 882.

¹⁸⁰En este sentido, TORRALBA SORIANO, *El modo en el Derecho civil*, Alicante, 1966, pgs. 161 a 164, y MEZQUITA DEL CACHO, "La cláusula modal ante el Registro de la Propiedad", R.D.Pr., t. XLIV, 1960, pgs. 21 y ss. Este último autor opina, sin embargo (pgs. 28 y 29), que si el titular registral de los bienes gravados con el modo "los enajena, o constituye derechos reales derivados y transmisibles, la situación experimenta a nuestro juicio, una importante variación. Y es que, no siendo el modo carga real propiamente dicha de los bienes o derechos, no será necesario expresarla en el nuevo título transmisivo o constitutivo; y como en el Registro no se hará expresión de las restricciones que no consten en el título (art. 51 del Reglamento hipotecario), resultará que, fuera de una eventual subrogación expresa en el deber modal, el asiento extendido en favor del adquirente no contendrá ya referencia a la afección del modo y será plenamente apto para fundar un efecto positivo de la fe pública registral a favor del ulterior subadquirente a título oneroso de los bienes y derechos que inscriba su adquisición en el Registro". A esta postura se opone, con toda razón, TORRALBA.

así, especialmente, cuando la herencia se componga básicamente de acciones o participaciones sociales, lo que sucede con la mayoría de las empresas. En tal caso, no está claro si los colegitimarios gozan de protección especial; a nuestro juicio no. La razón es que los colegitimarios, por mucho que se pretenda lo contrario, sólo ostentan un derecho de crédito contra el adjudicatario, y en el título o anotación de la acción sólo puede constar el titular pleno y los titulares de derechos reales limitados, como usufructo o prenda (cfr. en este sentido, artículos 66 a 73 TRLSA y 35 a 38 LSRL¹⁸¹). Pero no puede constar el derecho de crédito que tiene un tercero contra el titular de la acción, derecho de crédito que en este caso lleva consigo la facultad de resolver la titularidad si no se cumple (v. artículo 55 TRLSA)¹⁸².

Lo que sí está claro es que si el socio pretende enajenar o gravar sus acciones debe comunicar al adquirente la facultad resolutoria que tienen los colegitimarios. Si no se comunica, y el tercero nada sabe al respecto, se producirá una adquisición irrevocable (arts. 56.2 TRLSA y 545 C.co.). Sin embargo, es muy posible que la enajenación de las acciones o participaciones sin comunicar el modo de la atribución constituya un tipo especial del delito de estafa, porque el artículo 251 C.p. vigente dispone que “será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años:... 2º El que dispusiere de una cosa mueble o inmueble ocultando la existencia de cualquier carga o gravamen sobre la misma, o el que, habiéndola enajenado como libre, la gravare o enajenare nuevamente antes de la definitiva transmisión al adquirente, en perjuicio de éste o de un tercero”. Obsérvese que el delito se produce ya sea el engaño en perjuicio del adquirente o de un tercero. Ya antes del C.p. de 1995 había señalado la STS 12-XI-1987 (Ar. 8501) que

¹⁸¹TRSA De la copropiedad y los derechos reales sobre las acciones, artículos 66 a 73, cfr. en especial, artículo 66. “Copropiedad de acciones” y artículo 67. “Usufructo de acciones”. LSRL 23 marzo 1995, Derechos reales sobre las participaciones sociales (artículos 35 a 38), cfr. especialmente, artículo 35. “Copropiedad de participaciones”, artículo 36. “Usufructo de participaciones sociales” y artículo 37. “Prenda de participaciones sociales”.

¹⁸²En este sentido, señala PERDICES HUETOS, *El libro registro de socios. La legitimación del socio en las sociedades de capital*, Madrid, 2000, pgs. 201 y 202, que “El libro registro sólo debe contener información relevante para la relación socio-sociedad, y en particular, información relevante a efectos de legitimación... Resulta dudosa, por tanto, la posibilidad de inscribir limitaciones del dominio como prohibiciones de disponer, sustituciones fideicomisarias, condiciones resolutorias, derechos de opción, etc.”. Le sigue RECALDE CASTELLS, “Comentario al artículo 55”, en Arroyo/Embid (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. I, Madrid, 2001, pg. 534. El artículo 55 TRLRSA de 22 diciembre 1989 va referido al libro registro de acciones nominativas.

“no ignora este Tribunal que junto a la tendencia de dar al “gravamen” del párrafo segundo del artículo 531 del Código un amplio alcance que incluye *hasta las obligaciones personales* (lo subrayado es nuestro), convive otra tendencia jurisprudencial restringida a las cargas reales, y existe una intermedia o ecléctica que no limita el concepto de los típicos derechos reales de garantía (prenda e hipoteca), sino que incluye cualquier convenio que sujeta la cosa al cumplimiento de una obligación (derechos de disfrute “in re aliena”, embargos judiciales o administrativos, arrendamientos, o las restricciones impuestas por la legislación urbanística), entre los que se han comprendido - Sentencia de 14 de marzo de 1974- los llamados “ius ad rem”, a cuyas notas caracterizadoras responde el gravamen o afección de las parcelas en cuestión. Aparecen, en suma, las notas definitorias del delito previsto en el párrafo segundo del artículo 531 del Código Penal”.

La actual redacción del precepto penal ha incluido en el tipo los bienes muebles y “la sustitución del término ‘*gravamen*’ por el más genérico de ‘*cualquier carga*’, parece zanjar la discusión a favor de la más amplia de las interpretaciones posibles”¹⁸³.

X. EMPRESA EN RÉGIMEN DE GANANCIALES.

Es una opinión generalizada que el régimen matrimonial de gananciales conduce a la división de la empresa cuando llegue el momento de extinción y liquidación del régimen económico. A ello hay que unir el hecho de que la empresa puede estar integrada por bienes gananciales y por bienes privativos de uno o de los dos cónyuges. Las consecuencias en uno y otro caso son distintas a la luz de los preceptos del Código Civil. Semejante disparidad puede suceder con la responsabilidad del cónyuge comerciante por deudas mercantiles, dado el juego del apartado 2º del artículo 1365 del C. c. y su remisión a los artículos 6 y siguientes del Código de Comercio¹⁸⁴.

¹⁸³VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES, en Quintero Olivares (director), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2ª ed., Elcano, 2001, sub art. 251, pg. 1184. V., con posterioridad, la STS Penal 29-III-2001 (Ar. 1967).

¹⁸⁴Así, el Informe de la Ponencia del Senado, *cit.*, pgs. 77: “La cuestión que se acaba de citar, es importante para los terceros, ya que se ha debatido en la doctrina especializada el alcance de la responsabilidad de la sociedad legal de gananciales ante las deudas contraídas por el cónyuge comerciante, y ello por la remisión que hemos visto del Código Civil al Código de Comercio, ya que el primero afecta los bienes gananciales a las deudas, y en base al segundo se ha llegado a decir que constituye una excepción a la regla general de responsabilidad erga omnes en determinados supuestos. Afecta también la normativa del Código Civil

Igualmente, también puede ser fruto de problemas el régimen de participación, que aunque respeta en mayor modo la capacidad de decisión propia de cada cónyuge, obliga a valoraciones de los bienes en el momento de la disolución y liquidación, que produce repercusiones fiscales en ocasiones graves.

Aún cuando el régimen de separación, es el que respeta en mayor grado la autonomía de cada cónyuge y genera una problemática menor en el momento de la separación o disolución del matrimonio, aunque, como agudamente se ha señalado “al mismo tiempo es el que peor refleja la comunicación en las ganancias que debe darse entre los cónyuges ya que ello contradice el espíritu de la empresa familiar, en el que ni la mujer participa de lo que gana el marido, ni viceversa, con el consiguiente perjuicio para el cónyuge que, o bien dedica su actividad al hogar o que obtiene menores beneficios porque su trabajo lo ha dejado postergado al buen funcionamiento del hogar. Por el contrario, y a favor del sistema, se encuentra el hecho de que las posibles deudas frente a acreedores tienen un mejor tratamiento, ya que estos sólo pueden proceder contra los bienes del cónyuge deudor, lo que por otro lado, puede suponer una disminución de la capacidad de endeudamiento”¹⁸⁵.

Por todo ello, no quisiera terminar este trabajo sin referirme, aunque sea brevemente, a los gananciales por ser el régimen económico matrimonial de ganancialidad la regla general en los territorios de aplicación del C.c., y más en concreto al problema de que la empresa o las acciones o participaciones tengan carácter ganancial.

En tal caso, como es sabido, antes de hacer la partición hereditaria hay que hacer la partición de los gananciales entre el cónyuge superviviente y los herederos del fallecido (o el contador-partidor nombrado por éste, según admite la jurisprudencia). A fin de evitar que, como consecuencia de la partición de los gananciales, la empresa o las acciones o participaciones queden repartidas entre el cónyuge superviviente y el legitimario elegido por el causante como sucesor de la empresa, el nuevo artículo 1406.2º, en la línea que ya establecía su antigua redacción, atribuye a cada cón-

a la liquidación de las sociedades de gananciales, a consecuencia del cese de las actividades empresariales, y no solamente a los partícipes de la comunidad sino a los acreedores, y todo ello, como ya se ha señalado, porque la aparición de la empresa familiar supone un campo de aplicación específica y prevista de las normas civiles.”

¹⁸⁵Informe de la Ponencia del Senado, *cit.*, pgs. 78.

yuge un derecho preferente de adjudicación en el haber derivado de la partición de los gananciales de "la explotación económica que gestione efectivamente".

"Que gestione efectivamente" supone, a nuestro juicio, que el cónyuge ha de ser administrador o miembro del Consejo de Administración de la sociedad de capital de que se trate. El hecho de ser mero accionista no supone evidentemente una gestión efectiva.

A pesar de todo, la aplicación de la norma ofrece muchas dificultades. Es notorio que en el Código civil el testamento es un acto personalísimo y unilateral. Dispone el artículo 670 que "el testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente". (cf., no obstante, artículo 831, comentado más adelante).

Y añade el 669 que "no podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero".

Por otra parte, es también evidente que el testador no puede disponer *mortis causa* libremente de concretos bienes gananciales, porque para eso es necesario partir previamente la sociedad de gananciales. Por eso, señala el artículo 1379 que "cada uno de los cónyuges podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales"; y el 1380 dice que "la disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento".

En consecuencia, no puede el cónyuge causante disponer libremente de la empresa, sino que habrá que esperar a la partición de los gananciales tras la muerte, y que sea posible la atribución preferente que prevé el artículo 1406.2º.

Sin perjuicio de lo establecido en los artículos antes mencionados no debemos olvidar la posibilidad legal del artículo 831, antes y después de la reforma que sufriera por la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de los Discapacitados y de modificación del C.c. y de la Lec. El cónyuge sobreviviente, con la nueva redacción dada al artículo 831 por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, puede mejorar, incluso en el tercio de libre disposición y adjudicar bienes gananciales antes de la liquidación de una sociedad ya disuelta.

Entiendo, en contra de lo que pudiera parecer de la confusa redacción y de la estricta literalidad del precepto 831, que la partición está previamente determinada por el testador dejando al cónyuge solo la fijación y concreción de los bienes que se adjudican a la legítima. Incluso, a mi parecer, para el supuesto que el causante solo haga en su testamento una remisión general al nuevo artículo 831 debería entenderse que las cuotas están fijadas (implícitamente determinadas legalmente), en el sentido de que a los colegitimarios no favorecidos únicamente tendrán derecho a la legítima estricta, pues se faculta al sobreviviente a dejar bienes en mejora y en la libre disposición. Además, sin duda para favorecer la unidad y conservación de la “empresa”, puede el cónyuge incluso asignar gananciales siempre que no se hayan liquidado, dado que si se liquidase el régimen ganancial esos bienes no formarían parte de la herencia del fallecido y no podrían ser asignados al legitimario atributivo.

Para evitar los problemas particionales entre los hijos cuando hay régimen de gananciales, los padres suelen optar por otorgar testamentos formalmente independientes pero con idéntico contenido. Sin embargo, tal solución no ha tenido demasiada aceptación en la jurisprudencia, especialmente cuando se plantea el cumplimiento de la disposición testamentaria de uno de los cónyuges cuando el otro todavía vive.

La sentencias del TS suelen repetir el Considerando 4º de la sentencia 20-V-1965 (Ar. 2602), donde se afirma, *obiter*, que “dado el texto del propio artículo 1056 en relación con el 659 del mismo Código, la facultad que al testador se confiere de hacer, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición se refiere a los bienes del testador, pero no a la división y adjudicación de los ajenos... pues cual bien dice la Resolución de la Dirección General de los Registros de 13 de octubre de 1916, es necesario para la efectividad de tales disposiciones que los bienes sean propios del causante, es decir, estén en su disponibilidad, pues de otro modo ‘las facultades concedidas al testador para dividir, liquidar y adjudicar el caudal propio se harían extensivos a derechos ajenos, con el pretexto de hallarse íntimamente ligados con los suyos’”¹⁸⁶. En el mismo sentido, en un caso en que sólo había fallecido uno de los cónyuges, y, por tanto,

¹⁸⁶Lo afirmado por esta resolución (*Colección RGLJ*, t. 138, n. 17, Madrid, 1919, pgs. 88 a 91) es también *obiter dictum*, pues el cónyuge viudo y los hijos hicieron posteriormente al fallecimiento del causante un acuerdo en el que aceptaban esa distribución, y la Dirección General admitió la inscripción del convenio.

ratio decidendi, STS 17-V-1974 (Ar. 2068)¹⁸⁷.

También es similar la sentencia 7-XII-1988 (Ar. 9301) en la que la mujer, fallecida con anterioridad, había instituido a los hijos por partes iguales, y después el marido viudo atribuye algunos bienes concretos a algunos de los hijos. Supuestos casi idénticos se producen en las sentencias de 12-XII-1959 (Ar. 4499)¹⁸⁸ y de 18-III-1991 (Ar. 2264), que además aclara, con cita de la de 10-I-1934 (Ar. 35) que "los preceptos legales relativos a los legados de cosa ajena, común o propia del legatario no son definitivos si se aplican a cosas totalmente dominadas o poseídas por ambos cónyuges, estando subordinados a la adjudicación que se haga al liquidar la sociedad conyugal".

La sentencia 25-XI-1966 (Ar. 5548), en un supuesto en que ya habían fallecido ambos cónyuges con idénticas disposiciones testamentarias, señala que "la facultad concedida a los padres por el párrafo 2º del artículo 1056 del C.c. de poder disponer en su testamento la conservación indivisa de una explotación agrícola, industrial o fabril mandando que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos, sólo puede utilizarla cuando tal unidad de explotación sea de la propiedad del testador, pero no en los supuestos en que tal bien tenga carácter ganancial; y calificando de radicalmente nulos los actos testamentarios-particionales que en sus respectivos testamentos llevaron a efecto los causantes" (cf. sentencia 8-III-1989, Ar. 2023). Lo mismo sucedió en el caso de la sentencia 21-XII-1998 (Ar. 9756), pero el TS rechazó la nulidad de las disposiciones testamentarias idénticas por ser cuestión nueva.

Especial atención merece el caso de la STS 20-V-1965 (Ar. 2602), según la que "los dos cónyuges efectuaron de consuno la distribución de sus bienes (en un documento particional distinto del testamento individual de cada uno, pero con el mismo contenido), formalizando un cuaderno particional que fue protocolizado a medio de acta notarial". El TS declara nula la partición conjunta porque "ese acuerdo o convenio entre los cónyuges de considerar como comunes todos los bienes, incluyendo los propios del marido y la mujer, viene a ser la base de la partición y sobrepasa el contenido propio del acto puramente particional, y el estimar todos los bienes comunes sin serlo, cuando se halla probado que la mayoría de tales bienes pertenecían al marido, presupone

¹⁸⁷Cf. sentencias 22-II-1997 (Ar. 1191) y 7-IX-1998 (Ar. 6395).

¹⁸⁸Además, en esta se declara nula la cláusula de que si los hijos no admitían la partición de los bienes no propios, quedarán reducidos a su legítima estricta.

una mutación en el régimen de sociedad de gananciales a que ambos cónyuges estaban sometidos, cuando la plena comunidad de bienes no había sido estipulada previamente al matrimonio en capitulaciones matrimoniales”, añadiendo más tarde que “implicando el acuerdo de los cónyuges una disponibilidad que la Ley prohíbe, no puede concederse a la partición así hecha un valor que el artículo 669 del Código veda para los testamentos, por todo lo que dicha partición es radicalmente nula”.

Completamente distinto es el supuesto de hecho de la STS 5-VI-1985 (Ar. 3095), donde el marido dispuso por testamento de un establecimiento mercantil privativo, y posteriormente la mujer, en su testamento, vuelve a hacer una disposición sobre el mismo, que usufructuaba. Con toda razón, el TS niega eficacia al segundo testamento en este punto.

La única solución a estos problemas que encuentra alguna doctrina es que los cónyuges, en vida, realicen un pacto sobre la futura disolución de la sociedad de gananciales, en la que el cónyuge que no gestiona acepte que se atribuya en cualquier caso a la cuota del gestor la empresa a cambio de un crédito en dinero no existente en la comunidad ganancial¹⁸⁹. Con lo que, en el caso más habitual, el hijo adjudicatario debería en metálico la legítima y la cuota en los gananciales del cónyuge supérstite. Solución ésta que, posible, parece poco viable desde el punto de vista práctico.

En cualquier caso, no parece que el artículo 1056 vaya a tener una gran efectividad. Así, si el causante sólo tiene una empresa, y la empresa es ganancial, lo normal es que el principal valor patrimonial del matrimonio sea precisamente la empresa. De manera que no habrá bienes familiares suficientes para compensar al cónyuge superviviente el valor de dicha empresa. Con lo que entonces, malamente va a tener efectividad la disposición testamentaria que atribuya a uno de los hijos una empresa que resulta que, tras la partición de los gananciales, no es de su entera propiedad. No obstante, no puede desconocerse que el artículo 831, inciso final del apartado primero, permite al testador, sin duda para favorecer la unidad y conservación de la “empresa”, atribuir la facultad al cónyuge para también asignar gananciales siempre que no se hayan liquidado el régimen económico; de haberse liquidado dicho régimen los gananciales pertenecientes al supérstite no formarían parte de la herencia del fallecido y no podrían ser asignados al legitimario favorecido.

¹⁸⁹El primero en formularla fue DE LA CÁMARA, “El legado de cosa ganancial”, ADC, V, 1952, pgs. 517 y 531; LLOPIS GINER, *cit.*, pg. 66.

Por otra parte, el artículo 1406.2º se refiere simplemente a la explotación económica, pero no habla de acciones o participaciones sociales, con lo que se plantea la duda de si éstas pueden ser objeto de atribución preferente a uno de los cónyuges. Ante este problema se ha dicho que "la interpretación del artículo 1406.2 debe ser restringida, porque: 1.- Si hubiera querido el legislador lo hubiera hecho así incluyendo los dos elementos en el ámbito del precepto y 2.- El artículo 1406.2 está dirigido a regular la liquidación de la sociedad de gananciales, pretende que el cónyuge sobreviviente que ha participado de forma activa en la gestión de la empresa, siga teniendo esa participación tras la muerte del otro cónyuge, lo que podría obtener por otros medios en el supuesto de tratarse del control de una sociedad"¹⁹⁰.

A nuestro juicio, esta opinión es demasiado rotunda y apegada a la literalidad del precepto. En primer lugar, el artículo 1406.2º, al menos en su redacción originaria, estaba pensando sobre todo en la atribución de los bienes tras un proceso de nulidad, separación o divorcio, en cuyo caso sí estaría muy interesado el cónyuge empresario en recibir la empresa en pago de su cuota de gananciales (por ello, el nº 4º de ese artículo 1406 establece como presupuesto específico la "muerte del otro cónyuge", mientras que en los otros tres números no se hace referencia al hecho del fallecimiento).

Por otra parte, es cierto que no se alude a las acciones o participaciones sociales, pero, en primer lugar, la mayoría de las empresas de una mínima entidad están constituidas como sociedades, con lo que la opinión arriba expuesta dejaría sin apenas aplicación el artículo 1406.2º.

Además, tampoco hay diferencia práctica real entre que un cónyuge regente como empresario individual una tienda de verduras y frutas, por poner un ejemplo, o que el negocio se haya constituido en sociedad de responsabilidad limitada (quizá unipersonal) que, de hecho, es gestionada por el mismo cónyuge.

Por tanto, a nuestro juicio, es aplicable nº 2 del artículo 1406 cuando uno de los cónyuges, sin ostentar formalmente la condición de empresario, gestione de facto la sociedad de la que ambos tengan la mayoría de las acciones o participaciones.

MUCHAS GRACIAS. HE DICHO.

¹⁹⁰LLOPIS GINER, *cit.*, pg. 64. La opción del artículo 1406 no se altera a pesar del legado de habitación a favor de un legitimario con discapacidad (cf. artículo 822 C.c.).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALARCÓN BEIRA, *"La sucesión de empresas"*, 1996.
- ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil*, V, 8ª ed., Madrid, 2003.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. IX, vol. 1º-A, edit. Edersa, Madrid, 1990, artículo 660.
- ANGULO, *Commentaria ad leges Regias meliorationum, titu. 6 libr. 5*, Madrid, 1592.
- BARTOLO DE SAXOFERRATO, *In Primam D. veteris Partem*, ed. Venetiis, 1570.
- *In Primam D. novi Partem*, ed. Venetiis, 1570.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentarios al artículo 1056.2", en *Comentarios al Código civil*, Pamplona 1991, pgs. 1221 ss.
- BOQUERA MATARREDONA (director) y otros, *La sociedad Nueva Empresa*. Aranzadi 2003.
- BLÁZQUEZ LIDOY, *El régimen de los grupos de sociedades en la Ley 43/1995*, Centro de Estudios Financieros, Madrid-Barcelona-Valencia, 1999.
- PETRUS DE BELLAPERTICA (Pierre de Belleperche), *In libros Institutionum Divi Iustiniani Sacratiss. principis, Commentarii*, ed. Ludguni, 1536.
- BIONDI, *Successione testamentaria. Donazione*, Milano, 1943.
- DE LA CÁMARA, "El legado de cosa ganancial", *ADC*, V, 1952.
- "Estudio sobre el pago en metálico de la legítima en el Código Civil", *Centenario de la Ley del Notariado*, secc. 3ª, vol. I, Madrid, 1964, pgs. 709 y ss.
- "El pago en metálico de la legítima de los hijos o descendientes después de la Ley de 13 de mayo de 1981", *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, 11, Madrid, 1983.
- *Compendio de Derecho sucesorio*, Madrid, 1990.
- "Comentario al artículo 1056", en *Comentario del Código civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

- "Comentario al artículo 1057", *ibidem*.
- CANCER, *Variarum Resolutionum Iuris Cesarei, Pontificii et Municipalis Principatus Cathalauniae*, ed. Ludguni, 1683.
- CARRASCO PEREIRA, "Acoso y derribo de la legítima hereditaria", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº, 580/2003, pgs. 11 y ss.
- COVIÁN, voz "Partición de herencia" en *Enciclopedia Jurídica Española*, t. 24, ed. Seix, Barcelona, s. f.
- CUMANUS (Raffaele Raimondi), *Commentaria in prima parte D. novi*, ed. Venetiis, 1500.
- DÁVILA, "Herederos y legitimarios (donde hay herencia no hay legítima)", RCDI, t. XVI, 1943, pgs. 661 y ss.
- DÍAZ ECHEGARAY y otros, *La constitución de pequeñas y medianas empresas. La Sociedad Limitada Nueva Empresa*, Ed. Experiencia, Barcelona 2003.
- DÍEZ-PICAZO, "La sucesión por causa de muerte y la empresa mercantil", RDM, XXXIX, 1965.
- "Comentario al artículo 1406 Código civil", *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia*, vol. II, Madrid 1984, pgs. 1801 y ss.
- DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, IV, 8ª ed., Madrid, 2001.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, *El pago en metálico de las legítimas de los descendientes*, Tecnos, Madrid 1989.
- "Comentario a la STS de 26 abril 1997. Retracto de coherederos y comuneros. Legítima: naturaleza jurídica. Partición testamentaria. Disposición de toda la herencia en legados. Disposición testamentaria de bienes gananciales. Interpretación del testamento", *Cuadernos Cívitas*, nº. 45, 1997.
- D'ORS, *Derecho privado romano*, 4ª ed., Pamplona, 1981.
- DU ROI, "Noch einige Bemerkungen über actio in rem und actio in personam, jus in re und obligatio", AcP, 6, 1823, pgs. 252 y ss., y 386 y ss.
- EMBID IRUJO, *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*, Granada, 2003.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, Madrid, 1996.
- ESPIAU ESPIAU, "El usufructo viudal y la legítima de los descendientes", *RJCatalunya*, nº 3, 1996, pgs 629 y ss.
- FERNÁNDEZ GIMENO, *Problemas de la transmisión de la empresa familiar*, Valencia, 1999.
- FERNÁNDEZ-TREGUERRES GARCÍA, "La Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa por la que se

modifica la Ley 2/1999, de 23 de marzo, de Sociedad de Responsabilidad Limitada”, *Diario La Ley*, 22 y 23 enero 2004.

- FOSAR BENLLOCH, “La explotación agrícola y el párrafo 2º del artículo 1056”, *ADC*, XVI, 1963.

- GARCIA CANTERO, *Transmisión mortis causa de la empresa familiar. La empresa familiar ante el Derecho. El empresario individual y la sociedad de carácter familiar*, Madrid 1995.

- GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, t. II, Madrid, 1852.

- GARCIA-RIPOLL MONTIJANO, *La colación hereditaria. Civitas*, Madrid 2002.

- GARCÍA RUBIO, *La distribución de toda la herencia en legados (un supuesto de herencia sin heredero)*, Madrid, 1989.

- GARCIA TENA, *Sucesión de empresas*, 1996.

- GÓMEZ, *Opus praeclarum et utilissimum super legibus Tauris*, con Adiciones de Gómez Cornejo, Salamanca, 1593.

- *Variae Resolutiones Iuris Civilis, Communis et Regis*, ed. Ludguni, 1701.

- GONZÁLEZ PACANOWSKA, “Prescripción de la acción hipotecaria”, *Homenaje Díez-Picazo*, t. III, Madrid, 2003.

- “Comentario a la STS de 22 noviembre 1991. Nulidad de la partición: omisión de bienes hereditarios en la partición. Legítima sucesoria; determinación de la legítima (concurencia de hijo legítimo y natural); pago en metálico: momento de su valoración. Mejora: su naturaleza”. *Cuadernos Cívitas*, nº 28, 1992, pgs. 35 y ss.

- GONZÁLEZ PALOMINO, “El acrecimiento en la mejora”, en “Estudios de arte menor sobre Derecho sucesorio”, AAMN, II, 1946, recogidos en *Estudios jurídicos de arte menor*, vol. II, Pamplona, 1964 (por donde se cita).

- GRIMALDI, *Droit civil. Successions*, 6ª ed., Paris, 2001.

- ILUSTRE COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD Y MERCANTILES DE ESPAÑA, *Leyes hipotecarias y registrales de España. Fuentes y evolución*, t. III, Leyes de 1944 y 1946, Madrid, 1990.

- INFORME DE LA PONENCIA DEL SENADO ENCARGADA DE ANALIZAR LA SITUACIÓN Y LAS PERSPECTIVAS DE LAS EMPRESAS FAMILIARES ESPAÑOLAS, En 10 de octubre de 2000 se constituyó una Ponencia, y dicho Informe se aprobaría por asentimiento el 19 de Diciembre de 2002. Se publicó en esa fecha, haciendo la supervisión del texto el Letrado de las Cortes Generales, D. Manuel Marín Arias.

- KASER, *Das römische Privatrecht, München*, 1. Abs., 1955; 2. Abs., 2. Aufl., 1975.
- LACRUZ, *Derecho de sucesiones*, I, Barcelona, 1976.
- *Elementos de Derecho civil*, V, Barcelona, 1981.
- LASARTE, *Principios de Derecho civil*, t. 7º, 2ª ed., Madrid, 2001.
- LASSO GAITE, *Crónica de la Codificación española*, 4. Codificación civil, vol. II, Madrid, 1979.
- LLOPIS GINER, "La libertad del testador, su facultad de partir, comentario al nuevo artículo 1056.2 del Código Civil", en Reyes López (coord.), *La empresa familiar: encrucijada de intereses personales y empresariales*, Cizur Menor, 2004.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, "Algunos problemas de la preterición no intencionada de los hijos o descendientes", RCDI, t. 64, 1988, pgs. 357 y ss.
- *La conmutación de la legítima*, Madrid 1989.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA, en Capilla et altri, *Derecho de sucesiones*, Valencia, 1992.
- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, "La actividad farmacéutica y la condición de empresario mercantil (Ensayo en torno al Derecho español)", *Estudios en homenaje a Jorge Barrera Graf*, t. II, México, 1989.
- MESTRE RODRIGUEZ, *La interpretación testamentaria. Notas a la regulación del Código civil*, Universidad de Murcia, 2003.
- MEZQUITA DEL CACHO, "La cláusula modal ante el Registro de la Propiedad", *R.D.Pr.*, t. XLIV, 1960.
- MIQUEL GONZÁLEZ, "Acción de reclamación de filiación extramatrimonial y preterición intencional. Comentario a la STS de 9 de julio 2002 (RJ 2002, 8237)", *RDPatrl.*, 2003, 1, pgs. 433 y ss.
- MONEREO PÉREZ, *El modelo de regulación jurídico laboral de los grupos de empresas: una propuesta de reforma*, Granada, 2002.
- MONTAGUT Y ESTRAGUÉS, "El testamento inoficioso en las Partidas y sus fuentes", *AHDE*, 62, 1992, pgs. 239 y ss.
- MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, *El artículo 891 del C.c.: la distribución de toda la herencia en legados*, Valencia, 1996.
- OINOTOMUS (Johann Schneidewein), *In quattuor Institutionum Imperialium Iustiniani Imp. Libros, Commentarii*, ed. Venetiis, 1619.
- ORDUÑA MORENO, "La excepción de la responsabilidad por evicción en la partición realizada por el testador; artículos

1056 y 1070.1 del Código civil", 1989.

- PALAZÓN GARRIDO, *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, Valencia, 2003.

- PANTALEÓN, "Comentario a los artículos 841 a 847", en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. II, edt. Tecnos, Madrid, 1984.

- PAZ-ARES, en Uría/Menéndez, *Curso de Derecho mercantil*, I, Madrid, 1999.

- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, "La naturaleza de la legítima", *ADC*, 1985, pgs. 849 y ss.

- PERDICES HUETOS, *El libro registro de socios. La legitimación del socio en las sociedades de capital*, Madrid, 2000.

- PESET REIG, *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra*, Madrid, 1982.

- PUIG BRUTAU, "El testamento del empresario (Consideraciones de algunos problemas de enlace entre el Derecho de herencias y el de sociedades)", *R.D.Pr.*, t. XLIV, 1960.

- *Fundamentos de Derecho civil*, V, vol. 3º, 4ª ed., Barcelona, 1991.

- *El testamento del empresario. Introducción al Derecho de Sucesiones por causa de muerte. Medio siglo de estudios jurídicos*, Valencia 1997.

- REAL PEREZ, *La intangibilidad cualitativa de la legítima*, Cívitas, Madrid 1988.

- RECALDE CASTELLS, "Comentario al artículo 55", en Arroyo/Embid (coords.), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. I, Madrid, 2001.

- REVERTE NAVARRO, *La intervención judicial en las situaciones familiares*. Murcia 1980.

- ROCA SASTRE, "Naturaleza jurídica de la legítima (Teoría de la 'debita pars valoris bonorum')", *R.D.Pr.*, t. XVIII, 1944, pgs. 185 y ss.

- ROJO, en Uría/Menéndez, *Curso de Derecho mercantil*, I, Madrid, 1999.

- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, en Moreno Quesada (coord.), *Curso de Derecho civil*, IV, 2ª ed., Valencia, 2003.

- SÁENZ DE OLAZAGOITIA, *La Tributación Consolidada de los Grupos de Sociedades. Régimen Vigente y un Modelo para su Reforma*, Cizur Menor, 2002.

- SAGUER, "Naturaleza jurídica de la legítima según el derecho civil de Cataluña", *R.D.Pr.*, t. V, 1918.

- SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*,

vol. I, 26ª ed, revisada con la colaboración de Sánchez-Calero Guilarte, Madrid, 2004.

- SANTAOLALLA, *Código civil (Reformas 1978-1983) Trabajos parlamentarios*, t. I, Madrid, 1985.

- SANZ FERNÁNDEZ, "La reforma de la ley Hipotecaria", *R.D.Pr.*, t. XXIX, 1945.

- SIMÓ SANTONJA, *La planificación sucesoria, un medio de evitar conflictos empresariales*, Valencia 2002.

- TORRALBA SORIANO, *El modo en el Derecho civil*, Alicante, 1966.

- VALLE MUÑIZ/QUINTERO OLIVARES, en Quintero Olivares (director), *Comentarios al Nuevo Código Penal*, 2ª ed., Elcano, 2001, sub artículo 251.

- VALLET DE GOYTISOLO, "Notas para la interpretación del párrafo segundo del artículo 1.056 y del artículo 863 del Código Civil", *RGD*, 1946, pgs. 673 y ss.

- "Apuntes de Derecho sucesorio (Posición y derechos de los legitimarios en el Código civil)", *ADC*, IV, 1951, pgs. 421 y ss.

- *Las legítimas*, 2 vols., Madrid, 1974.

- "Observaciones en torno a la naturaleza de la legítima. A propósito de un trabajo de Manuel Peña Bernaldo de Quirós", *ADC*, 1986, pgs. 3 y ss.

- "Comentario al artículo 1056", en Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XIV, vol. 2º, Madrid, 1989.

- VATTIER FUENZALIDA, "El pago en metálico de la legítima de los descendientes", *RDP*, 1983, pgs 453 y ss.

- VICENT JULIÁ, "Organización jurídica de la sociedad familiar", *RDPatrimonial*, 2002, pgs. 21 y ss.

- VOICI, *Diritto ereditario romano*, II, 2ª ed, Milano, 1963.

**CONTESTACION DEL
EXCELENTÍSIMO SEÑOR
DON FRANCISCO MARTÍNEZ ESCRIBANO**

EXCELENTISIMOS E ILUSTRISIMOS SEÑORES

SEÑORAS Y SEÑORES

Por deseo expreso del nuevo académico, he aceptado asumir el honor que siempre ha sido el recibir a un nuevo miembro de esta Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. La satisfacción es más honda y más intensa, y lo es por un triple motivo:

Primero por la acusada personalidad de Antonio Reverte Navarro.

Segundo porque he de recordar que el padre del nuevo académico, Don Antonio Reverte Moreno, Catedrático de Derecho Civil de nuestra Universidad, fue mi maestro y me enseñó a conocer y querer saber Derecho Civil.

Tercero porque Don Antonio Reverte Moreno fue mi Decano del Colegio de Abogados de Murcia durante los años 1951 a 1973, y de él aprendí como debe ejercerse el oficio de Abogado, que él practicaba con su sabiduría, amabilidad y auténtico humanismo; cualidades humanas inolvidables y que le hicieron merecer el nombramiento de Decano de Honor de Nuestro Ilustre Colegio por designación unánime de los colegiados, por lo que en estos momentos quiero tener para él mi emocionado recuerdo; pues no sólo fue ilustre hombre de buena fama sino también de mejores maneras.

Antonio Reverte Navarro es Licenciado en Derecho con Premio Extraordinario por la Universidad de Murcia y Doctor en Derecho por la Universidad italiana de Bolonia, con la máxima cali-

ficación, obteniendo el Premio "Libero Bodaró" a la mejor tesis doctoral en Derecho Comparado concedido por el Estado italiano en el bienio 1961-1963.

Profesor Ayudante de clases prácticas en la Universidad de Madrid durante los cursos académicos 1964-65 y 1965-66.

Pronto fue Profesor de Derecho Civil de la Universidad de Murcia 1966 a 1973.

Profesor Titular Numerario de Derecho Civil de dicha Universidad en los años 1973 a 1980 y Profesor Agregado de Derecho Civil en las Universidades de Valencia (1980-1981) y de Murcia (1982-1983), en cuyo año obtuvo la Cátedra de Derecho Civil de nuestra Universidad.

Su infatigable espíritu le hizo ostentar los cargos académicos de Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia en 1981-1982; Vicerrector de Ordenación Académica de dicha Universidad en 1982-1987; Director del Departamento Privado de Derecho del Trabajo en 1987-1989; del Departamento de Derecho Privado en 1991-1993; Director del Departamento de Derecho Civil en 1995, cargo en el que continúa en la actualidad.

Entre sus innumerables méritos figura el de haber sido Presidente de la Comisión Especial (cinco miembros) que redactó por encargo de la Comunidad Autónoma el Anteproyecto de Ley de Gobierno de la Administración Pública de dicha Comunidad.

Académico Electo, Miembro de Erudición en Derecho de la Real Academia de Medicina y Cirugía de Murcia. Presidente del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, Vocal y único jurista del Comité Asistencial Etico del Hospital Virgen de la Arrixaca. Y Presidente de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

Participa en diversos Proyectos de Investigación concedidos por el M.E.C.:

Director de diversas Tesinas de Licenciatura y de Tesis Doctorales: "Aspectos sucesorios de la adopción" (Emilio Lázaro Sánchez), "La tradición instrumental" (Miguel Navarro Castro), "Las cargas familiares constante matrimonio" (María del Carmen Pastor Álvarez), "El ius aedificandi en el suelo urbanizable" (José Fulgencio Angosto Saéz), "La interpretación testamentaria. Notas a la regulación del Código Civil" (María Luisa Mestre Rodríguez), "El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal

Constitucional" (Clemente García García), etc.

Participante, colaborador y moderador en numerosas mesas redondas, jornadas, congresos y cursos: "Situación pedagógica de la Facultad de Derecho y posibles alternativas (1973), "Divorcio" (1977), "Protección familiar y ámbito judicial" (Ponencia en el Curso sobre Protección Jurídica de la Familia, 1980), "La tutela de los derechos del menor" (Congreso Jurídico Nacional del Derecho Civil, 1984), "Derecho de Autor y derechos conexos en los umbrales del año 2000" (I Congreso Iberoamericano de Propiedad Intelectual, 1991), ponente en las Jornadas de Derecho de Familia y de Derecho Matrimonial organizada por el Ilustre Colegio de Abogados de Lorca y la Escuela de Práctica Jurídica de Murcia (1995), "La institucionalización de la participación de los grupos intermedios de representación de intereses en la actividad de las Administraciones Públicas: los Consejos Económicos Sociales" (XV Jornadas sobre Vertebración de la Sociedad: Sociedad y Grupos Intermedios 1997), etc.

Numerosas conferencias sobre temas de su especialidad o de otros temas del conocimiento: "El agente comercial ante las nuevas fórmulas contractuales" (1973), "Reforma del Derecho de Familia" (Colegio de Abogados de Murcia, 1981), "España y Europa un pasado jurídico común" (Comunidad Autónoma y Facultad de Derecho, 1985), "El arquitecto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo" (1991), "Derecho, Colegio de Europa y construcción de Europa" (1995), "Las nuevas técnicas de fecundación artificial" (1995), "La responsabilidad civil de los profesionales sanitarios" (Colegio de Abogados de Murcia y Departamento de Derecho civil de la Universidad de Murcia y la Escuela de Práctica Jurídica, 1997), "El final de la vida: eutanasia, suicidio asistido y limitación del esfuerzo terapéutico. Aspectos jurídicos" (1998), "Interacción Ética-Derecho en el marco general del sistema Jurídico" (1999), "El Consejo Económico y Social de la Región de Murcia ante la inmigración" (2003), etc.

Diversas recensiones, entre las que se deben destacar las realizadas al libro "Nociones de Derecho Civil Patrimonial e Introducción al Derecho", del prof. Lacruz Berdejo; libro "El fideicomiso de residuo", de la profesora Silvia Díaz Alabart; etc.

Prólogos, como por ejemplo: Libro-Homenaje al profesor Roca Juan; Libro "Intimidad Privada y Libertad de expresión"

(Clemente García García y Andrés García Gómez, 1995); Libro de D. José Fulgencio Angosto Sáez "El ius aedificandi en el suelo urbanizable" (1998); Libro de J.A. Fernández Campos, "El Fraude de acreedores: la acción pauliana", 1998; Libro de María del Carmen Pastor Álvarez, "El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio", 1998; Libro "La interpretación testamentaria. Notas a la regulación del Código civil" (María Luisa Mestre Rodríguez, 2003); Libro "El derecho a la intimidad y dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional" (Clemente García García, 2003); Libro "La Ley reguladora del derecho de Asociación y su incidencia sobre las Asociaciones Juveniles" (Francisco Manuel Reverte Martínez, 2004), etc.

Participación, con el profesor Manuel Batlle Vázquez, en la revisión y actualización legislativa y jurisprudencial de los dos tomos de las Leyes Civiles de Medina y Marañón, de la Editorial Reus. 1971-1973. (Corrió a su cargo no solo la actualización de los Libros III y IV del Código Civil, sino también la de todas sus leyes complementarias al Código Civil y su correspondiente jurisprudencia).

"El contrato de Leasing". Monografía publicada por la Universidad de Murcia. Anales de la Facultad de Derecho, 1968, p. 63 a 95.

"El cheque y la transferencia". Traducción del libro de H. Cabrillac "Le cheque et le virement". (He realizado la traducción y las anotaciones y concordancias del Derecho Español). Editorial Reus. Madrid. 1969. 252 págs.

"Estudio sobre la problemática jurídica y económica de los regadíos en el Sureste". Con otros dos firmantes: Sanz Fernández y García Perrote. Publicado por la Secretaría general del Consejo Económico Sindical Interprovincial del Sureste. Diciembre de 1970.

"Los términos de gracia en el incumplimiento de las obligaciones". Libro publicado por Edersa. Madrid. 1975. 193 págs.

"Pluralidad de titularidades en el usufructo". Revista de Derecho Privado. Diciembre de 1979, p.1115 alBO.

"Intervención judicial en las situaciones familiares (Notas al Código Civil)". Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. 1980. 283 págs.

"Artículos 407 a 425 del Código Civil, De algunas propiedades

especiales. De las aguas". Con otro firmante, J.A. Cobacho. En: Tomo V, vol 2º, de los Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo. Edersa. Madrid. 1985. págs. 535-661; y también la edición de 1991.

"Artículos 426-427 del Código Civil, De los Minerales". En: Tomo V, vol 2º, de los Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo. Edersa. Madrid. 1985. págs. 662-711; y también la edición de 1991.

"Ley de Aguas". Prólogo (págs.9 a 24), notas e índice a la edición de la citada ley. la edición. Técno. Madrid. 1985; 2ª edición, notas e índices en colaboración con Emilio Pérez. 1986; 3ª edición, 1989; 4ª edición, 1990; 5ª edición, 1995; 6ª edición, 2000.

"Los llamados negocios jurídicos de fijación". Homenaje al Prof. Roca Juan. Secretariado de Publicaciones. Universidad de Murcia. Murcia 1990. 10 páginas.

"Comentario a los artículos 206 a 210 y 212 a 214 (De la incapacidad)". Comentario al Código Civil, Secretaría General Técnica, Ministerio de Justicia. Madrid 1991. págs. 644 a 670.

"Microdemocracia y macrodemocracia", traducción del artículo de G. Pasquino, Centro de Bolonia de la Universidad J. Hopkins, publicado en la Revista de Psicología Política, Valencia, tomo 2, 1991, paginas 83 a 108.

"Consideraciones desde el punto de vista del Derecho civil acerca de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida". Discurso de apertura del Año Académico 1992-93. Universidad de Murcia noviembre 1992. páginas 83.

"Artículo 1255 del Código Civil, De los Contratos". En: Tomo XVII, 1º-A, de los Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart. Ederesa. Madrid. 1993. págs. 101-297.

"Matrimonio aparente, matrimonio putativo y buena fe matrimonial del artículo 79 del Código civil". Libro homenaje al Profesor Lacruz Berdejo. Tomo II. Zaragoza 1994. Páginas 25.

"In Memoria. Juan Roca Juan", en Anuario de Derecho Civil julio-1996, paginas 1050 a 1055. También en Revista de Derecho Privado, septiembre de 1996, pág. 611 y s. Igualmente en Anales de Derecho, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, nº. 13, p. 9 y ss.

"La limitación del esfuerzo terapéutico y la responsabilidad

jurídica del médico", en Medicina Crítica Práctica, coordinadores J.A. Gómez Rubí y R. Abizanda Campos, Edikamed y SEMICYUC (Sociedad Española de Medicina Intensiva y Unidades Coronarias), Barcelona 1998, pág. 104 a 131.

"Limitación del esfuerzo terapéutico. Fundamentos éticos", con otro firmante: J. A. Gómez Rubí, en Medicina Crítica Práctica, coordinadores J. A. Gómez Rubí y R. Abizanda Campos Edikamed y SEMICYUC (Sociedad Española de Medicina Intensiva y Unidades Coronarias), Barcelona 1998, , pág. 72 a 89.

Comentarios sobre la "Venta a Distancia, artículos 46 a 48, de la Ley de Ordenación del comercio minorista", en: Régimen jurídico general del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero de Ordenación del comercio minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del comercio de minoristas. Coordinadores: Reverte Navarro y otros, edito Mc Grawhill, Madrid 1999, pág. 580 a 613.

"Derecho Civil de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia", volumen "Derechos civiles de España" coordinado por R. Bercovitz y J. Martínez-Simancas, Madrid 2000, vol. V, p. 2725 a 2773.

"Notas sobre la ley de aguas y su reforma de 13 diciembre de 1999", Libro Homenaje al Profesor Berdardo Moreno Quesada, Granada 2000, páginas 1523 y ss.

"El Usufructo en general. Comentario a los artículos 467, 468, 469 y 470 del Código Civil", Coordinador Rams Albesa, Madrid 2001 (pendiente de publicación).

"Notas sobre el arquitecto, jurisprudencia del Tribunal Supremo y Ley de edificación", Libro Homenaje al profesor Luis Díez Picazo, Madrid, 2002.

"Vecindad civil, vecindad administrativa y condición política", Libro Homenaje al profesor Lluís Puig Ferriol, Barcelona 2004, en prensa.

Aquí debería despedirme, pero como sería una desconsideración no hacer alusión al impecable discurso pronunciado tan sólo hace unos momentos, no puedo por menos aventurar algunas notas laudatorias sobre la materia objeto del discurso sin pretender en manera alguna parecer contestatorio ante esta Real Academia.

El discurso tiene como fundamento la promulgación de la ley 7/2003, de 1 de Abril de la Sociedad Limitada Nueva Empresa limitada y como dice el Catedrático de Derecho Civil Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, pretende establecer un marco jurídico y administrativo, que facilite la creación, así como la actividad de las PYMES, en consonancia con la política propugnada con respecto a las mismas por las instituciones europeas; política recogida en la Carta Europea de la Pequeña Empresa (Carta de Feira), aprobada en junio de 2000 por mandato del Consejo Europeo de Lisboa de ese mismo año. Lo que se complementa con la previsión de un mayor uso de las tecnologías de información y de las comunicaciones, tanto en proceso de constitución de las mencionadas entidades como con respecto a su funcionamiento.

Pero como se dice en el discurso fomenta también el crecimiento de la empresa familiar y de las Pymes, buscando que éstas tengan su financiación y su consolidación, evitando la pérdida de control y prestando una especial atención a la sucesión por muerte del empresario individual y para ello modifica el art.1056.2 facultando al testador para que pueda adoptar en su última voluntad medidas al hacer la partición que fortalezcan la continuidad de la empresa y continúe su actividad mediante la modificación que se hace el art.1056.2 del CC.

La Ley 7/2003 ha tratado de resolver los problemas derivados de la dificultad de financiación, de la pérdida de control de la gestión por los socios que ostentan la mayoría y de la supervivencia de la sociedad como consecuencia de la sucesión mortis causa de

sus socios. Para ello ha sido necesario la modificación de varios preceptos del Código Civil, que permiten ahora que el padre que quiera mantener indivisa una empresa o el control de una sociedad, no sólo pueda atribuírselas por entero a uno de sus hijos con cargo de pagar con dinero la legítima de sus hermanos, sino que este dinero pueda ser extrahereditario y el aplazamiento del pago en un plazo de hasta cinco años.

Modificaciones éstas que han producido tal alteración en nuestro derecho sucesorio, que el profesor Carrasco Perera ha publicado un artículo en la Actualidad Jurídica Aranzadi, con el expresivo título "Acoso y derribo de la legítima hereditaria".

Por ello el profesor Reverte Navarro con acierto ha titulado su discurso con el nombre SUCESSION "MORTIS CAUSA" EN LA EMPRESA Y SUCESSION LEGITIMARIA (NOTAS AL NUEVO ARTÍCULO 1056.II DEL CODIGO CIVIL).

El profesor Antonio Reverte eligió un tema que quería, por razones personales, y que afectase a la empresa aunque fuere incidentalmente. El no ha dicho cuales fueron estas razones, pero yo aseguraría que entre ellas estará el hecho de ser Presidente del Consejo Económico y Social de la Región de Murcia, órgano consultivo del Consejo de Gobierno de nuestra Comunidad, que sin tener carácter político es un punto de referencia para los políticos, para la sociedad y para los agentes sociales que lo constituyen, sindicatos, empresarios, y otras organizaciones de carácter económico y social. De ahí que su discurso de ingreso verse sobre la sucesión mortis causa de las empresas y el pago en metálico a los legitimarios no favorecidos testamentariamente por la adjudicación de la empresa o negocio industrial, fabril, agrícola e incluso como mantiene en su trabajo también de un despacho profesional.

Estamos, pues, en sede del art. 1056, en la figura de la partición realizada por el testador, cuyos efectos jurídicos de este tipo de partición se consideran mortis causa, porque nacen al momento que el otorgante muera, es entonces cuando esos efectos de la partición se producen, es decir, cuando tal muerte acaece, y no antes.

Esta partición no tiene virtualidad traslativa alguna en vida del testador. No transmite nada a los herederos en vida del causante y los bienes siguen siendo exclusivamente suyos de modo que puede disponer libremente de los mismos.

La evolución vertiginosa ha determinado que el mundo empresarial tuviera que adaptar al devenir de las nuevas realidades (técnicas, sociales, globalización del mercado, mundo de la información y las autopistas informáticas por donde ésta discurre, etc.), so pena de disminuir su potencialidad o, incluso, la extinción de las Pymes y a las empresas familiares.

A esto, sin duda, obedeció la Ley 7/2003, modificadora del artículo 1.056 del Código Civil. Pero esta Ley también pretende estimular la creación de nuevas empresas, normalmente de pequeña y mediana dimensión. Pues éstas, en la economía española (lo mismo que en la europea) son un factor de crecimiento del PIB e instrumento para la creación de empleo. En España, en un estudio de la Fundación BBVA y de las Universidades de Barcelona y Zaragoza, se ha evidenciado que las 2/3 partes de la actividad económica nacional la desarrollan las empresas familiares y las Pymes. Se dice en el trabajo que desde el 2 de junio de 2003, fecha de entrada en vigor de la Ley SLNE, hasta el 1 de enero de 2004 se han creado 1686 sociedades reguladas por dicha Ley 7/2003. De las primeras 180 creadas la mayoría correspondieron a la Región de Murcia y de Valencia.

Dice Juan José Rivas Martínez en su Derecho de Sucesiones, Común y Foral “la verdad es que no es nada fácil comprender el sentido y alcance que en esta Ley 7/2003

Y el nuevo académico nos aclara en su discurso que el art. 1.056 supone una excepción al sistema de nuestro derecho sucesorio del Código Civil. Esta parte del Derecho Civil tiene por base, según la doctrina mayoritaria, que los legitimarios deben no solo recibir un valor económico que provenga del causante sino un valor precisamente en bienes del causante. El art. 1.056 permite pagar a los demás colegitimarios con dinero extrahereditario y, además, poder aplazar, al menos 5 años su pago.

Para comprobar este punto de arranque, exigía estudiar las diferentes posiciones que se han adoptado sobre la posición jurídica del legitimario.

Así, partiendo de quienes entienden que el legitimario goza de la cualidad de heredero, se analiza esta posición, cuyo máximo exponente actual es Peña Bernardo de Quirós, con meticulosidad y pragmatismo, con ayuda del Derecho Histórico y de nuestros clásicos.

Más adelante, hará lo propio con la configuración de la legítima como "pars bonorum", sin que por ello tenga el legitimario que ser necesariamente heredero. O bien, la calificación de la legítima como "pars valoris bonorum" o, bien, como un simple derecho de crédito. Estas dos posiciones últimas las analiza con rigor a través de sus máximos exponentes: Vallet de Goytisolo y De la Cámara.

Es acertado el análisis crítico que hace de las posiciones y cuestiones planteadas. Se basa para ello en los antecedentes históricos, en la Compilación Justiniana, en las Siete Partidas, en nuestros juristas del siglo XVI y en varios comentaristas del Código Civil, entre otros, del magistral García Goyena y su proyecto de 1951.

No voy a valorar o ponderar los resultados a los que llega el autor del trabajo; pero sí puedo sostener con satisfacción que han sido unos agradables momentos los que he pasado con su lectura y donde he podido reconocer la calidad y profundidad de los conocimientos jurídicos del profesor Reverte.

Los antecedentes históricos del 1056.2 están bien documentada la vertiente histórica, sin olvidar los debates parlamentarios y la importante enmienda introducida en el Senado, que también afectará al art. 1271.II.

El 1056 establece que no será de aplicación la partición realizada por el testador lo dispuesto en el art. 843 y en el párrafo 1 del 844; es decir, que no es necesaria la aprobación judicial de la liquidación de la cantidad a pagar, ni que el pago esté sujeto a los plazos del 844.1.

Esta previsión legal hace plantearse al autor si los demás preceptos de los arts. 841 y ss. podrían ser de aplicación al presupuesto de hecho que contempla el art. 1056, pues en éste y en aquellos existe la posibilidad de satisfacer la legítima en dinero.

Así, se examina la finalidad del precepto, qué debe entenderse por "interés de la familia" y qué por "conservación de la empresa", para ir concretando su aplicación (o no) de aquellos preceptos englobados bajo el epígrafe "Pago de la porción hereditaria en casos especiales" (art. 841 a 848). De esta concreción se servirá el autor para perfilar los sujetos, el objeto y la forma que constituyen los presupuestos del art. 1056.

Sobre los sujetos sostiene con precisión jurídica que sólo el

testador puede disponer de la empresa o de las participaciones beneficiando a uno (o a varios) de los legitimarios, excluyendo al cónyuge viudo, al menos si hay hijos no comunes, apoyándose para ello en los arts. 831.1º, 4º y 5º.

Entiende, igualmente, que el deber de satisfacer la legítima en metálico a los otros, es calificable jurídicamente como un modo o una carga que obliga desde que se fijase por el causante la cantidad o, en su caso, por el contador. Esta afirmación se deduce el art. 844.2.

Al determinar los presupuestos de hecho objetivos, el autor determinará que se entiende por empresa según el artículo 1056, tanto desde el punto de vista económico o jurídico, recurriendo para ello a la doctrina mercantilista más autorizada y actualizada (p.e. Sánchez Calero, edición 2004).

También examina que debe entenderse por “control de la empresa”, estudiando los llamados grupos de empresas o de sociedades, a los que nuestro ordenamiento no regula de una forma general o global, pero sí de forma específica y esporádica (vg. Art. 42 Cód. de Comercio, 87 Ley S.A. o 4 de la Ley de Mercado de Valores; sin olvido de su incidencia en materia de legislación tributaria y en concreto en el Impuesto de Sociedades (Texto Refundido de 5 de marzo de 2004).

La adjudicación al favorecido con la empresa, o acción o participación que ejerza el control de la misma, entendiendo Reverte, con acierto, que tiene que operarse en testamento, y no es posible adjudicación o participación “inter vivos”.

Después de fijar la determinación de la cantidad a pagar y el procedimiento para llevarla a cabo, estudia un tema de gran importancia; es decir, el de garantizar el pago, dado la posibilidad de aplazar legalmente el cumplimiento, al menos, durante 5 años, para evitar la infracción y la depreciación de la moneda. No olvida, por supuesto, los instrumentos de garantía que pueden tener acceso al Registro de la Propiedad, especialmente a través de los artículos 9, 15 y 23 LH y jurisprudencia que abona la posición al respecto.

Era obligado hacer una referencia, y así lo hace de forma extensa, al régimen económico de gananciales, pues caso de su liquidación por fallecimiento del cónyuge hace peligrar la unidad y la continuidad de la empresa familiar, de la pequeña o gran

empresa generada constante matrimonio. Como se dice en el texto (Informe de la Ponencia del Senado, nota 184) la empresa familiar supone una materia, por su calificativo de familiar, de aplicación de las normas del Derecho Civil. Tampoco deja de lado la facultad de opción del artículo 1406.2 del Código Civil, también reformado por la Ley 7/2003.

Y termino repitiendo las mismas palabras que en un acto análogo pronunció Don Rodrigo Fernández Carvajal, su antecesor en la medalla:

Enhorabuena al nuevo Académico y enhorabuena a la Academia, que se dilata y enriquece en recibirlo.

