

Supuesto especial de partición testamentaria: una excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima

Karin J. ROBLES RAMOS*
M. P. A., J. D., L. L. M.

I. INTRODUCCIÓN

En este escrito será objeto de estudio la partición extrajudicial que realiza el propio testador, que se encuentra reglamentada en el art. 1.056 del CC. Específicamente, nos centraremos en el estudio de un supuesto especial contenido en el apartado 2 de dicho precepto. A esta partición testamentaria el Código Civil la conceptúa como una especie de la partición ordinaria, por lo cual, a cualquiera de las dos manifestaciones que previene el art. 1.056 del CC, la general contenida en su primera sección y la especial incluida en la segunda, le serán aplicables los efectos del art. 1.068 del CC¹.

El propósito de esta clase de partición es que el testador pueda distribuir sus bienes con mayor libertad, tomando en consideración sus preocupaciones y las diversas necesidades de los potenciales integrantes de su sucesión. Más aún, la intención es ayudar a que se eviten los problemas o conflictos que el testador vislumbra pueden producirse, debido al surgimiento de la comunidad hereditaria y del futuro reparto de los bienes, en un proceso normal de partición². Su finalidad, incluso, puede ser satisfacer el deseo del testador de atribuirle bienes concretos a ciertos sucesores, en lugar de una cuota de ellos. El testador no necesita exponer los motivos que le han llevado a hacer la partición, basta con su voluntad.

* La autora es abogada y notaria en Puerto Rico y doctoranda en Derecho civil en la Universidad Complutense de Madrid.

¹ M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Estudio sobre el pago con metálico de la legítima en el Código Civil», en *Centenario de la Ley del Notariado*, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, 1964, p. 861.

² M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, «Comentario al artículo 1.056», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.), *Comentarios al Código Civil*, t. VI, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 7626.

Como ha sugerido el TS, «[l]a partición hecha por el testador corresponde a la mentalidad del legislador que, para proveer necesidades familiares, ventajas prácticas y anhelos muy legítimos, admite la posibilidad de que [este] [...] realice por sí mismo la distribución y partición de sus bienes entre sus coherederos»³.

II. SÍNTESIS DE LOS ORÍGENES Y DESARROLLO DEL SUPUESTO DE PARTICIÓN ESPECIAL REGULADO EN EL ART. 1.056.2 DEL CC

Al ser una aplicación particular de la partición testamentaria ordinaria, le resulta aplicable la esencia del art. 1.056 del CC que tiene precedentes en el Derecho romano, el castellano y en la etapa del proceso codificador del Código Civil. Respecto al Derecho romano, se destacan dos figuras jurídicas: el *testamentum parentis inter liberos* y la *divisio parentis inter liberos*. Mediante la primera institución, se facultaba al *pater familia* a otorgar un testamento en el que además de instituir a sus hijos pudiera designarles cuotas en su beneficio. Lo medular no era respetar las formalidades testamentarias, sino la voluntad del *pater familia*. Por eso, aunque el *pater* no respetara las formalidades testamentarias, el testamento mantenía sus efectos en cuanto a los descendientes, no así respecto a cualquier atribución a favor de un extraño. A través de la segunda institución, en cambio, el ascendiente podía asignar bienes específicos a sus descendientes, con carácter de acto particional. Se trataba de la distribución concreta de su patrimonio entre sus hijos. Mientras en el *testamentum parentis inter liberos* se efectúa una disposición hereditaria, con la *divisio parentis inter liberos*⁴ el testador atribuye sus bienes a favor de sus descendientes⁵.

³ STS núm. 1014, de 4 de noviembre de 2008, Sala Civil, Sección 1.ª (RJ 2008/5891). *Vid.*, además, T. RUBIO GARRIDO, «La Partición por el Testador: Algunos Aspectos Problemáticos, al hilo de la Sentencia de 4 de noviembre de 2008 (RJ 2008/5891)», en *RAD*, Aranzadi, 2009, p. 1. De acuerdo a S. DÍAZ ALABART, «La protección económica de los discapacitados a través del Derecho de sucesiones», en PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ (dir.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, Madrid, La Ley, 2011, p. 905, uno de los que pudiera beneficiarse con esta forma de partición es el sucesor que padece de algún tipo de discapacidad.

⁴ La doctrina ha establecido que la institución romana denominada *praeceptio* constituyó otra forma de división de la herencia del causante. Se ha comentado que esta figura desembocó en la *divisio parentis inter liberos* o en la institución *ex re certa*. Su finalidad era que el disponente pudiera asignar cosas a los herederos instituidos. Originalmente, el heredero beneficiado estaba autorizado a tomar el bien de la masa hereditaria, antes de la división. Posteriormente, el heredero hacía valer su atribución en el acto divisorio. BIONDI BIONDI, *Sucesión testamentaria y donación*, 2.ª ed., Barcelona, Bosch, 1960, pp. 226-229; J. L. DE LOS MOZOS, «La partición de la herencia por el propio testador», en *RDN*, Colegios Notariales de España Junta de Decanos, 1960, pp. 107-108. Para conocer sobre las otras formas romanas que podía utilizar el causante para distribuir sus bienes entre los herederos con atribuciones singulares, aunque no todas puedan catalogarse estrictamente como actos particionales, *vid.*: J. B. VALLET DE GOYTISOLO, «Apuntes de Derecho Sucesorio II (posición y derechos de los legitimarios en el Código Civil)», en *ADC*, Ministerio de Justicia-Boletín Oficial del Estado, 1951, pp. 1411-1412.

⁵ Estas dos figuras jurídicas romanas fueron incluidas en diversos documentos legales: 1) en el *Edictum Theodorici*, que era el estatuto romano de los ostrogodos; 2) en la *Lex Romana Bur-*

Ambas figuras jurídicas romanas se incorporaron al Derecho castellano a través de la Ley 7.^a, Título I, de la Partida 6.^a Aquí se consideraba válido el testamento escrito en el que el padre instituía como herederos a sus hijos y nietos o dividía su patrimonio entre ellos, aunque el acto testamentario se otorgara ante dos testigos en lugar de siete, que era lo que correspondía a un testamento correctamente otorgado. También, se entendía válido el testamento verbal que el padre otorgaba ante dos testigos, rogados y traídos para el acto, para distribuir sus bienes entre el mismo grupo de parientes⁶. Igualmente, en la Ley 9.^a, Título XV, de la Partida 6.^a

gundiorum; 3) en la *Lex Romana Visigothorum* o Brevario de Aniano, aprobado en el año 506 por el Rey Alarico II; 4) en el *Codex Theodosiano*, y 5) en las Novelas de Valentiniano III. En el caso particular del *testamentum parentis inter liberos*, cuando se reconoció en la Constitución del Emperador Constantino (C. Th. 2,24,I), solo podía otorgarse por el *pater familia*. Posteriormente, con las leyes de Theodosio y Valentiniano, esta posibilidad se extendió a cualquier padre, madre y ascendiente, aunque no fueran *pater familia*. Esta institución fue acogida, tal cual, por Justiniano, aunque, posteriormente, modificó su régimen (Novela CVII, Constitución-CII, Capítulo 1; sobre asignación de cuotas, refiérase a la Novela XVIII, Const. XVIII, Capítulos I-V). En concreto, como requisitos de este tipo de testamento se dispuso que debía ser escrito de puño y letra por el testador, ponerse la fecha del otorgamiento, el nombre del hijo o descendiente ulterior que se designaba como heredero instituido, la cuota en que se le instituía, en letras y no en números, y hasta la división de los bienes. Es lo que hoy día se denomina como testamento ológrafo. En cuanto a la *divisio parentis inter liberos*, se dice que sus raíces provienen del Derecho clásico, es decir, desde el Digesto de Justiniano. Específicamente, en la Sección 3.^a, Ley 20, Título II, Libro X del Digesto, se dispuso que el acto del padre de dividir sus bienes entre sus hijos es un asunto relacionado a su última voluntad y no una simple donación. Se alude, además, a la partición realizada por el testador en las Secciones 1.^a y 5.^a, Ley 39, Libro X del Digesto. Justiniano, también, reguló esta institución en la Novela CVII, Constitución-CII, Capítulo III y en la Novela XVIII, Const. XVIII, Capítulos VI-VII. Según la Novela XVIII, Const. XVIII, Capítulo VII, este acto particional podía formar parte de un testamento o de un documento aparte suscrito por el ascendiente, exclusivamente, o por él y los hijos beneficiados con la asignación de sus bienes. Aunque, se prefería la forma testamentaria para hacer la división de bienes. J. L. DE LOS MOZOS, *cit.*, pp. 103-114; I. L. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho civil romano, Tercera Parte: Novela*, Barcelona, Kriegel Hermann y Osenbrüggen, 1898, pp. 94-98, 368-369. *Vid.*, además, STS de 6 de marzo de 1945, Sala Civil (RJ 1945/272); Q. SCAEVOLA MUCIUS, *Código Civil comentado, concordado extensamente, muy ampliado*, t. XVIII, 2.^a ed., Madrid, Instituto Editorial Reus, 1954, pp. 379 y 398-399, en referencia a la STS de 6 de marzo de 1945, *cit.*; J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, t. VI, vol. 1, 10.^a ed., Madrid, Reus, 2010, p. 337; I. L. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del Derecho civil romano, Primera Parte: Instituta-Digesto*, Barcelona, Kriegel Hermann y Osenbrüggen, 1898, pp. 616 y 623; A. FERNÁNDEZ TRESGUERRES, *Transmisión mortis causa de la condición de socio: un estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, Navarra, Aranzadi, 2008, p. 260 y las notas 256-257 de la misma página; V. GARCÍA HERREA, «La sucesión en la empresa familiar», en *RCDI*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2011, p. 1929, nota 1.

⁶ Ninguna de estas dos formas de testamentos imperfectos, aunque permitidos, se podía utilizar para beneficiar a un extraño. Cualquier disposición, escrita o verbal, a favor de un extraño se tendría por no puesta, mientras se mantendrían válidas las establecidas o dichas a favor de los hijos o nietos. Por otro lado, para que fuera válido el testamento escrito que, en términos generales, no guardara las formalidades testamentarias, este debía ser suscrito por escrito por el padre, si es que sabía escribir, o verbalmente por el padre y los hijos. Este tipo de testamento, suscrito de estas dos maneras, podía ser utilizado por el padre para favorecer a un extraño, siempre que hubiera sido otorgado ante dos testigos rogados y traídos para el acto. Precisamente, esta laxitud formal fue atendida, a través de la Ley 1.^a, Título XIX del Ordenamiento de Alcalá y la Ley 3 de Toro, incorporadas ambas como las Leyes 1.^a y 2.^a, Título XVIII, Libro X, de la Novísima Recopilación, al establecerse diversos requisitos formales de acuerdo al supuesto de hecho aplicable. *Vid.* G. LÓPEZ DE TOVAR, *Las Siete Partidas del muy noble rey don Alfonso el Sabio, Glosadas*, t. III, Madrid, Compañía General de Impresores y Libreros del Reino, 1844, pp. 9-10; *Novísima Recopilación de las Leyes de España*, t. V, Libros X, XI y XII, pp. 120-121, en *fama2.us.es/fde/ocr/2006/novisimaRecopilacionT5.pdf* (última consulta realizada: 3 de enero de 2017);

se hacía referencia, aunque incidentalmente, a la partición hecha por el padre o por cualquier testador⁷. Mientras, en las Leyes XIX y XX de Toro se permitió que el testador pudiera asignar bienes concretos, a favor de sus descendientes, en abono de la mejora del tercio o quinto. Posibilidad que se mantuvo, respectivamente, en las Leyes III y IV, Título VI, del Libro X de la Novísima Recopilación⁸.

En relación con el Proyecto de Código Civil de 1851, se puede mencionar al art. 650, que hoy está numerado como el art. 821 del CC y se refiere al legado de finca indivisible o que no admite cómoda división, y al art. 661, que se refiere al actual art. 829 que trata sobre la mejora de cosa determinada. Aunque, más específicamente, en el art. 899 del mencionado proyecto se incorporó por primera vez el texto del actual apartado 1 del art. 1.056 del CC, con la diferencia de que antes se aludía a la partición realizada por el difunto y hoy día la referencia es al testador⁹. Asimismo, en los arts. 902, 918, 923 del proyecto se hacía mención a la partición realizada por el difunto¹⁰.

En cuanto al texto del segundo apartado del art. 1.056 del CC, este se incorporó, originalmente, en el Anteproyecto del Código Civil de 1882-

STS de 6 de marzo de 1945, *cit.*; J. L. DE LOS MOZOS, *cit.*, pp. 117-118 y 119-120; J. CASTÁN TOBEÑAS, *cit.*, p. 338; F. GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Zaragoza, Cometas, 1974, p. 449; A. FERNÁNDEZ TRESGUERRES, «La sociedad familiar», en *Diario La Ley*, Wolters Kluwer, 2004, p. 5.

⁷ Refiérase a G. LÓPEZ DE TOVAR, *cit.*, p. 254; STS de 6 de marzo de 1945, *cit.*; Q. SCAEVOLA MUCIUS, *cit.*, pp. 375-376; J. L. DE LOS MOZOS, *cit.*, p. 118; A. FERNÁNDEZ TRESGUERRES, *Transmisión mortis causa de la condición de socio: un estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *cit.*, p. 260 y la nota 258 de la misma página. Es importante señalar que una definición legal del término partición se encuentra, también, en la Ley 1, Título XV, Partida 6.^a Dicho concepto fue definido como el «departimiento que hacen los hombres entre sí de las cosas que tienen comunalmente por herencia o por otra razón». *Vid.* Q. SCAEVOLA MUCIUS, *cit.*, pp. 300 y 379, en esta última haciendo referencia a la STS de 6 de marzo de 1945, *cit.*; G. LÓPEZ DE TOVAR, *cit.*, p. 246.

⁸ *Vid.* Novísima Recopilación de las Leyes de España, t. V, *cit.*, pp. 30-31; J. F. PACHECO, *Comentario histórico, crítico y jurídico a las Leyes de Toro*, t. I, Madrid, Imprenta de Manuel Tello, 1862, pp. 278-294; L. RUEDA ESTEBAN, «La reforma del párrafo 2 del artículo 1.056 del Código Civil», en *AMN*, Colegio Notarial de Madrid, 2003, p. 61; J. CASTÁN TOBEÑAS, *cit.*, p. 338; A. FERNÁNDEZ TRESGUERRES, *Transmisión mortis causa de la condición de socio: un estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *cit.*, p. 260 y la nota 259 de la misma página; A. FERNÁNDEZ TRESGUERRES, «La sociedad familiar», *cit.*, p. 5; Q. SCAEVOLA MUCIUS, *cit.*, p. 376; F. GARCÍA GOYENA, *cit.*, p. 449; L. RUEDA ESTEBAN, *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil: auténtica fiducia sucesoria en Derecho común*, Madrid, Consejo General del Notariado, 2014, p. 693; L. RUEDA ESTEBAN, «La modificación del párrafo 2 del artículo 1.056 del Código Civil», en GARRIDO MELERO, FUGARDO ESTIVILL y GARRIDO DE PALMA (coords.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, t. IV, Barcelona, Bosch, 2005, p. 206; V. GARCÍA HERREA, *cit.*, p. 1929, nota 1.

⁹ La redacción del vigente precepto lee así: «[c]uando el testador hiciera, 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».

¹⁰ *Vid.* L. RUEDA ESTEBAN, «La reforma del párrafo 2 del artículo 1.056...», *cit.*, p. 61; A. FERNÁNDEZ TRESGUERRES, *Transmisión mortis causa de la condición de socio: un estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *cit.*, p. 260 y la nota 260 de la misma página; L. RUEDA ESTEBAN, *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil...*, *cit.*, pp. 693-694; A. FERNÁNDEZ TRESGUERRES, «La sociedad familiar», *cit.*, p. 5; F. GARCÍA GOYENA, *cit.*, pp. 352, 356-357, 449, 450, 455, 457; L. RUEDA ESTEBAN, «La modificación del párrafo 2 del artículo 1.056...», *cit.*, p. 207; Q. SCAEVOLA MUCIUS, *cit.*, p. 381, en referencia a la STS de 6 de marzo de 1945, *cit.*; V. GARCÍA HERREA, *cit.*, p. 1929, nota 1.

1888, donde, junto con el texto de su primera sección, formó parte del contenido del art. 1.073. Con la aprobación del Código Civil en 1889, este fue reenumerado como el art. 1.056.2 del CC¹¹. En aquel instante y hasta el 2003, la redacción de este apartado contenía el siguiente texto: «[e]l 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». Con esta normativa, el legislador perseguía conservar, después de la muerte de su propietario, la indivisión de la explotación agraria o manufacturera, puesto que eran las actividades comerciales por las que se mantenía, principalmente, la estabilidad económica y social del país en aquellos tiempos. Así, se ha dicho: «[e]n su origen era esta una de las pocas disposiciones del CC reveladoras de una cierta preocupación legislativa por facilitar el mantenimiento de estructuras productivas —aproximándose así a los Derechos forales—, aun a costa de sacrificar principios básicos del sistema jurídico-privado»¹². Precisamente por esto, no se daba la opción al adjudicatario del bien de decidir si se quedaba con la empresa, a cambio de pagar la legítima de sus hermanos en efectivo extrahereditario, o si, por el contrario, prefería dividir la herencia entre todos. Bajo este supuesto, era obligatorio que el legitimario adjudicatario pagara de su peculio la parte correspondiente a los otros legitimarios porque con esa asignación se perseguía evitar que la explotación económica se dividiera, haciéndola inoperante o difícil de operar y repercutiendo negativamente en el bienestar de la familia y del tejido económico del país.

A través de la Ley 7/2003, de 1 de abril, el segundo párrafo del art. 1.056 del CC fue modificado¹³. Su texto quedó redactado de la siguiente manera:

«El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-

¹¹ L. RUEDA ESTEBAN, «La reforma del párrafo 2 del artículo 1.056...», *cit.*, p. 61; A. FERNÁNDEZ TRESGUERRAS, *Transmisión mortis causa de la condición de socio: un estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *cit.*, p. 260, nota 260; L. RUEDA ESTEBAN, «La modificación del párrafo 2 del artículo 1.056...», *cit.*, p. 206; L. RUEDA ESTEBAN, *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil...*, *cit.*, p. 693; Q. SCAEVOLA MUCIUS, *cit.*, p. 408; V. GARCÍA HERREA, *cit.*, p. 1929, nota 1.

¹² C. M. Díez Soto, «El pago de las legítimas en dinero: un instrumento para planificar la sucesión en la empresa familiar», en *REF*, Universidad de Málaga, Facultad de Ciencias Empresariales, 2011, p. 28.

¹³ DF 1.^a, Sección 1.^a, Ley de la Sociedad Limitada Nueva Empresa por la que se modificó la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada, *BOE* núm. 79, de 2 de abril de 2003, p. 12688. Como parte de este estatuto, esencialmente, mercantil, también se modificaron otros artículos del Código Civil, tales como el art. 1.271.2, que se refiere a los contratos sobre la herencia futura, y el art. 1.406.2, que tiene que ver con lo que cada cónyuge puede incluir en su haber cuando se liquida la sociedad de gananciales. *Vid.* DF 1.^a, Secciones 2.^a y 3.^a, *ibid.*

partidor por él designado aplazamiento, siempre que este no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el art. 843 y en el párrafo primero del art. 844»¹⁴.

Esta modificación tenía la finalidad de facilitar el traspaso generacional de una empresa y mantener su continuidad y estabilidad en el mercado, eludiendo la aplicación de principios del Derecho sucesorio que pueden dificultar la consecución de tal objetivo. La selección acertada del sucesor de la empresa, a manos de aquel que conoce su negocio, es medular porque tendrá un impacto social y económico. En concreto, se evitará el fin de muchos empleos, que hoy día se generan a través de las pequeñas y medianas empresas.

En términos evolutivos, el impacto de esta normativa ha tenido tres niveles. Cuando se redactó por primera vez, el art. 1.056.2 del CC se conceptualizó como una excepción extraordinaria a la norma general de que los legitimarios deben recibir el pago de su legítima en bienes hereditarios. Al aprobarse la reforma del Código Civil en 1981, este precepto perdió su excepcionalidad y se convirtió en un caso especial que obtenía los mismos resultados del supuesto general de pago en metálico de la porción hereditaria, regulado en los arts. 841 y ss. del CC, con la salvedad doctrinal de que no se requería cumplir con los requisitos de los arts. 843 y 844.1 del CC. Con la reforma de 2003, se hizo patente la independencia entre la regulación de los arts. 841 y ss. del CC y la del art. 1.056.2, en la medida en que este último se convierte en una especialidad del primero, que solo se activa ante la existencia de una empresa o de las acciones de una sociedad que pertenecen al causante¹⁵.

En definitiva, desde sus orígenes, la segunda sección del art. 1.056 del CC se ha mantenido regulando otro supuesto concreto de pago en metálico de la legítima, lo que implica una afectación clara, aunque legalmente permitida, del principio de intangibilidad cualitativa de esta. Como correctamente ha sido señalado por la doctrina, esta viene a ser la aplicación concreta de lo que se dispone en el párrafo primero del mencionado

¹⁴ DF 1.^a, Sección 1.^a, *cit.* En Italia, la finalidad de transmitir empresas o sociedades de capital se alcanza a través de la institución jurídica del «Pacto de Familia». Esta institución fue incorporada en el Código Civil italiano, mediante la Ley de 14 de febrero de 2006, n. 55. Se trata de un contrato en el que participan el empresario, el beneficiario del bien y los legitimarios que recibirán su parte legal en efectivo o su equivalente *in natura*. A través del denominado «Pacto de Familia», el empresario puede transferir total o parcialmente su explotación económica o sus participaciones societarias. Por su parte, el adjudicatario del bien tendrá la obligación de pagarle a los legitimarios no adjudicatarios la porción que les corresponde. Este derecho será valorado en el instante en que se otorgue el pacto y no podrá afectarse por «los mecanismos de reducción y de colación hereditaria». En cuanto a la fijación de la cuota de liquidación de los legitimarios excluidos, deberá haber consenso (para conocer más acerca de esta figura jurídica italiana, sus aciertos y sus problemáticas, puede examinarse: R. GIAMPETRAGLIA, «La autonomía de la voluntad en la transmisión de la empresa: “El pacto de familia”», en *ADC*, Boletín Oficial del Estado, 2014, pp. 1170 y ss.).

¹⁵ L. RUEDA ESTEBAN, «La reforma del párrafo 2 del artículo 1.056...», *cit.*, p. 65.

precepto, con la adición de la obligación de pagar la legítima en efectivo extrahereditario¹⁶. Su utilización por el testador representa una clara defensa de la conservación de la empresa familiar por encima del derecho que tienen los legitimarios a recibir su cuota en bienes de la herencia¹⁷. Sin embargo, es necesario aclarar que al ser una normativa orientada a la defensa de las legítimas, la aplicación del art. 1.056.2 del CC solo surtirá efecto si el único bien, o el principal, en el caudal relicto del causante es la explotación económica o el paquete de acciones de la sociedad mercantil o conjunto de estas. En ese sentido, no será necesaria la aplicación de dicha normativa si, luego de asignar la empresa al adjudicatario, en la herencia quedan bienes hereditarios suficientes para pagar la legítima de los demás interesados¹⁸.

III. SUJETOS IMPACTADOS POR EL APARTADO 2 DEL ART. 1.056 DEL CC

La facultad de adjudicar la explotación económica o las participaciones societarias puede recaer en el testador, el contador partidor testamentario, actuando en representación del causante, es decir, ejecutando lo que este le ordenó, o el cónyuge supérstite fiduciario del art. 831 del CC, actuando con la misma eficacia del testador¹⁹. En el caso de este último, tal facultad la ejercerá dentro de los parámetros del art. 831 del CC, es decir, con respecto a los hijos o descendientes que hubiera tenido con el testador. Solo podría salirse de este ámbito personal si el testador le encomendó expresamente la facultad de atribuir la empresa a algún descendiente no común e incluso hasta a un extraño. Bajo esta situación, el testador debe designar quién será el adjudicatario del bien. Así, el fiduciario solo cumplirá con la función de entregar el bien, como si se tratara de un contador partidor testamentario, y no estaría actuando en ejecución de la fiducia. En este sentido, se ha planteado que la imbricación entre los arts. 1.056.2 y el 831 resulta beneficiosa porque permite ampliar el plazo, de cinco años hasta, incluso, el momento de la muerte del cónyuge o la

¹⁶ M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Compendio de Derecho Sucesorio*, 3.^a ed., Madrid, La Ley, 2011, p. 439; A. FERNÁNDEZ TRESGUERRAS, *Transmisión mortis causa de la condición de socio: un estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, cit., p. 274.

¹⁷ V. M. GARRIDO DE PALMA, «Los actuales artículos 831 y 1.056.2 del Código Civil: aplicaciones prácticas ante el sistema de legítimas», en *RJN*, Consejo General del Notariado, 2005, p. 131; V. M. GARRIDO DE PALMA, «Los nuevos artículos 831 y 1.056.2 del Código Civil: algunas aplicaciones», en GONZÁLEZ PORRAS Y MÉNDEZ GONZÁLEZ (coords.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, t. I, Murcia, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 2026-2027.

¹⁸ M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Compendio de...*, cit., p. 438.

¹⁹ F. MILLÁN SALAS, «La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1.056.2 del Código Civil», en *AC*, La Ley, 2003, p. 1181; A. FERNÁNDEZ TRESGUERRAS, *Transmisión mortis causa de la condición de socio: un estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, cit., p. 266; L. RUEDA ESTEBAN, «La modificación del párrafo 2 del artículo 1.056...», cit., p. 213; V. GARCÍA HERREA, cit., p. 1930; V. M. GARRIDO DE PALMA, «Los actuales artículos 831 y 1.056.2 del Código Civil...», cit., p. 133; L. RUEDA ESTEBAN, *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil...*, cit., pp. 483, 540-541, 555-556, 742-743, 748-749; C. M. DÍEZ SOTO, cit., p. 29.

pareja de hecho fiduciaria, para que el delegado pueda abonar la legítima de los conmutados²⁰.

Los denominados por la norma como «los demás interesados» son aquellos que tendrán que recibir su parte en efectivo no hereditario. Al examinar el precepto es obligado establecer que se trata de legitimarios porque se incluye la expresión «disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados»²¹. Como la legítima solo puede ser abonada a los legitimarios, la frase «demás interesados» no puede referirse a ninguna persona que se encuentre fuera de esa categoría. Lo que significa que se podría tratar de los hijos, descendientes ulteriores, ascendientes y hasta el cónyuge supérstite del causante.

En cuanto al adjudicatario, que es el beneficiado con la asignación del bien inmueble o mueble, puede ser legitimario o no, este último refiriéndose tanto a familiares, por ejemplo, un nieto, como a extraños²². Incluso, puede tratarse de varios adjudicatarios, si el testador considera que de esta manera se gestionará mejor la empresa. El planteamiento de que puede ser un legitimario surge de la interpretación literal del precepto. Evidentemente, si el adjudicatario debe pagar su legítima a «los demás interesados» y estos para recibir la misma deben ser legitimarios, entonces, el que tiene la obligación de abonarla debe ser también un legitimario. Respecto a la posibilidad de que a un extraño se le adjudique la explotación económica o el paquete de acciones de una o varias sociedades de capital, es viable si la intención de ese acto es mantener la indivisión o el control del bien asignado por el mero propósito de conservar la empresa en sí misma²³. Tal criterio se sostiene en varias consideraciones. Primero, la modificación del art. 1.056.2 del CC dentro de un estatuto mercantil podría sugerir que la finalidad que perseguía el legislador no era «jurídica» sino económica. Segundo, el legislador estableció la disyuntiva entre el «interés de su familia» y la «conservación de la empresa», como motivos de la actuación del testador para utilizar el art. 1.056.2 del CC. Tercero, ni en el texto del art. 1.056.2 del CC ni en la Ley 7/2003, de 1 de abril, que provocó su modificación, se alude expresamente a la empresa familiar.

²⁰ L. RUEDA ESTEBAN, *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil...*, cit., pp. 742-744, 748-749.

²¹ Refiérase a L. RUEDA ESTEBAN, «La modificación del párrafo 2 del artículo 1.056...», cit., pp. 216-217 y nota 281; A. FERNÁNDEZ TRESGUERRES, *Transmisión mortis causa de la condición de socio: un estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, cit., p. 266.

²² F. MILLÁN SALAS, cit., pp. 1181 y 1182; A. FERNÁNDEZ TRESGUERRES, *Transmisión mortis causa de la condición de socio: un estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, cit., pp. 267 y 268; C. M. DÍEZ SOTO, cit., pp. 29 y 30; L. RUEDA ESTEBAN, «La modificación del párrafo 2 del artículo 1.056...», cit., p. 215; T. F. TORRES GARCÍA y A. DOMÍNGUEZ LUELMO, «La legítima en el Código Civil (II)», en TORRES GARCÍA (coord.), *Tratado de legítimas*, Barcelona, Atelier, 2012, p. 131; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, cit., p. 7649; V. GARCÍA HERREA, cit., p. 1933.

²³ F. MILLÁN SALAS, cit., pp. 1181 y 1183; P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Comentario al artículo 1.056 del Código Civil», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentario al Código Civil*, 4.ª ed., Navarra, Aranzadi, 2013, pp. 1426-1427; A. FERNÁNDEZ TRESGUERRES, *Transmisión mortis causa de la condición de socio: un estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, cit., p. 268; V. M. GARRIDO DE PALMA, «Los actuales artículos 831 y 1.056.2 del Código Civil...», cit., pp. 132-133 y V. M. Garrido de Palma, «Los nuevos artículos 831 y 1056.2 del Código Civil...», cit., pp. 2027-2028; M. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Compendio de...*, cit., p. 438; L. RUEDA ESTEBAN, «La modificación del párrafo 2 del artículo 1.056...», cit., p. 215.

IV. REQUISITOS DEL SUPUESTO DE PARTICIÓN ESPECIAL CONTENIDO EN EL ART. 1.056.2 DEL CC

Para que sea viable el supuesto de partición especial se debe cumplir una serie de requisitos. Primero, la efectividad de la adjudicación está supeditada a la existencia de un testamento válido. Sin importar de que tipo sea y si se otorgó antes, después o simultáneamente al acto particional²⁴. Lo esencial es que exista conexión entre la partición realizada por el testador y el contenido del testamento. El causante puede realizar esta partición en base a cualquiera de los siguientes motivantes: el interés familiar o la conservación de la empresa. Estos justificantes funcionan como meros móviles de la disposición testamentaria donde lo medular es la voluntad del testador de preservar indivisa su explotación o mantener el control societario. No son requisitos necesarios e imprescindibles para que esta sea viable, realidad que hace difícil que los no adjudicatarios puedan impugnar el acto particional especial bajo el criterio de que alguno de los justificantes no está presente²⁵.

Segundo, si el objeto de la partición es la preservación de una explotación económica, esta debe reunir ciertas características. Por un lado, puede tratarse de cualquier empresa que tenga una concepción económica, sin importar su estructura ni el sector al que se dedique. Lo importante es que exista en el caudal hereditario. Para validar tal circunstancia, el TS resolvió que es suficiente que el testador lo haya alegado en su testamento²⁶. Esta alegación tiene el efecto de una presunción *iuris tantum*, que solo puede rebatirse si los que impugnan la existencia de la empresa logran demostrar su inexistencia. Por otro lado, la empresa debe ser de la titularidad del testador, ya sea a través del derecho de propiedad; un usufructo amplio, aunque no vitalicio; o un contrato de arrendamiento de varios años, que incluya una cláusula que permita la sucesión²⁷. Dis-

²⁴ T. F. TORRES GARCÍA, «Una aproximación al artículo 1.056.II Código Civil (posible sucesión *mortis causa* de la empresa)», en ALONSO GARCÍA, DÍEZ-PICAZO, GARCÍA DE ENTERRÍA, GONZÁLEZ PÉREZ, MENÉNDEZ, MONTOYA MELGAR, RODRÍGUEZ MOURULLO (consejo editorial), *Libro Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. I, Navarra, Aranzadi, 2008, p. 1660; V. GARCÍA HERREA, *cit.*, pp. 1930, 1945 y 1946; L. RUEDA ESTEBAN, «La modificación del párrafo 2 del artículo 1.056...», *cit.*, p. 213; F. MILLÁN SALAS, *cit.*, p. 1191; A. FERNÁNDEZ TRESGUERRES, *Transmisión mortis causa de la condición de socio: un estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *cit.*, pp. 266 y 273.

²⁵ STS de 19 de mayo de 1951, Sala Civil (RJ 1951/1618). *Vid.*, además, L. RUEDA ESTEBAN, «La modificación del párrafo 2 del artículo 1.056...», *cit.*, pp. 217-218; L. RUEDA ESTEBAN, «La reforma del párrafo 2 del artículo 1.056...», *cit.*, pp. 72-73. Refiérase, también, a A. FERNÁNDEZ TRESGUERRES, *Transmisión mortis causa de la condición de socio: un estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *cit.*, p. 273; V. GARCÍA HERREA, *cit.*, pp. 1948-1949; T. F. TORRES GARCÍA, «Una aproximación al artículo 1.056.II Código Civil...», *cit.*, pp. 1661 y 1662, citando a M.^a L. PALAZÓN GARRIDO, *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 98 y ss.; M. BERMEJO PUMAR, *Instituciones de Derecho Privado. Sucesiones*, t. V, vol. 3, Madrid, Thomson-Civitas, Consejo del Notariado, 2005, pp. 501 y ss.

²⁶ STS de 19 de mayo de 1951, *cit.*

²⁷ STS núm. 668, de 14 de julio de 2008, Sala Civil, Sección 1.^a (RJ 2008/3361); STS núm. 641, de 15 de junio de 2006, Sala Civil, Sección 1.^a (RJ 2006/3538); STS núm. 805, de 7 de septiembre de 1998, Sala Civil (RJ 1998/6395); STS de 7 de diciembre de 1988, Sala Civil (RJ 1988/9301); STS núm. 1186, de 21 de diciembre de 1998, Sala Civil (RJ 1998/9756); STS de 21 de julio de

tintamente, si el objeto de la partición es el mantenimiento del control societario, también, deben estar presentes ciertas características. Puede tratarse de acciones o participaciones de cualquier forma societaria, sea anónima, limitada, colectiva o comanditaria²⁸, siempre que se traten de una explotación económica o empresa²⁹. Lo importante es que las acciones o participaciones sociales existan, sean de la titularidad del testador y que la atribución sea suficiente para mantener el control que sobre la empresa tenía el causante. Solo se mantiene lo que existía, se tenía y se desea proteger.

Tercero, la explotación económica o las participaciones societarias deben constituir el caudal relicto del causante. Es decir, no deben existir bienes suficientes en la herencia para pagar la legítima de los conmutados. Ante la existencia de otros bienes, aunque no sean suficientes, estos deberán utilizarse para pagar parte de la legítima de los no adjudicatarios y el resto de lo debido tendrá que ser abonado en efectivo no hereditario por el conmutante.

Cuarto, la forma en que el adjudicatario pagará la legítima del conmutado, sea efectivo no hereditario o cualquier medio de extinción de las obligaciones, tales como la confusión de derechos, la compensación, la condonación de deudas o la novación, debe haber sido establecida expresamente por el testador en su testamento o facultado al contador partidario testamentario o cónyuge fiduciario del art. 831 del CC para que lo hiciera. El adjudicatario no podrá oponerse a la forma de pago seleccionada porque esta es de carácter imperativo³⁰. Tanto si el adjudicatario no cumple con el pago de la legítima, según la modalidad impuesta, como si no se estableció la manera en que se iba a satisfacer la misma, el conmutado podrá exigir que su parte le sea abonada en bienes hereditarios. Esto porque al viabilizar el art. 1.056 del CC un supuesto concreto de excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, su aplicación, aunque en origen es producto de la voluntad del testador, debe ceñirse a los requisitos legales impuestos al mismo.

La norma no aclara si la cantidad que el conmutante deberá abonar al conmutado es la legítima corta o la larga. Tal asunto lo definirá la volun-

1986, Sala Civil (RJ 1986/4575). Refiérase, además, a J. L. LACRUZ BERDEJO, F. SANCHO REBULLIDA *et al.*, *Elementos de Derecho civil V: Derecho de sucesiones*, 5.^a ed., Barcelona, Bosch, 1993, p. 151, citado en M.^a L. PALAZÓN GARRIDO, *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 258. *Vid.*, además, a L. RUEDA ESTEBAN, *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil...*, *cit.*, pp. 712, citando también a J. L. LACRUZ BERDEJO, «Notas al *Binder*», p. 309; C. M. DÍEZ SOTO, *cit.*, p. 30.

²⁸ A. HUERTA TRÓLEZ, «La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio», en *RJN*, Consejo General del Notariado, 2004, p. 125; F. MILLÁN SALAS, *cit.*, pp. 1184-1185; V. GARCÍA HERREA, *cit.*, p. 1937.

²⁹ M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *cit.*, p. 7653; L. RUEDA ESTEBAN, «La modificación del párrafo 2 del artículo 1.056...», *cit.*, pp. 220-221; L. RUEDA ESTEBAN, *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil...*, *cit.*, pp. 713-714; C. M. DÍEZ SOTO, *cit.*, p. 29. En contra, A. HUERTA TRÓLEZ, *cit.*, pp. 125-126; V. GARCÍA HERREA, *cit.*, p. 1937.

³⁰ P. MARTÍNEZ ESPÍN, *cit.*, p. 1427. *Vid.*, además, A. FERNÁNDEZ TRESGUERRAS, *Transmisión mortis causa de la condición de socio: un estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *cit.*, pp. 273, 275 y 283.

tad del testador y el tipo de adjudicatario beneficiado³¹. El mero hecho de ser perceptor del metálico no implica que este es un sucesor desfavorecido o de menor importancia. Podría darse el caso, incluso, de que el testador instituya herederos, en partes iguales, a todos sus hijos o descendientes y que luego le atribuya la empresa o las acciones de la sociedad a uno solo de estos. Ante tal circunstancia, aunque existirá diferencia cualitativa entre los hermanos, puesto que uno recibirá su porción hereditaria *in natura* y otros en efectivo extrahereditario, en términos cuantitativo todos recibirán lo mismo³².

Igualmente, el precepto no establece quiénes deberán definir la cuantía de la legítima correspondiente a los conmutados, considerando el valor de la empresa o el paquete de acciones. Sin embargo, es evidente que dicha cuantía no puede ser establecida unilateralmente por el adjudicatario. Tampoco el testador podría hacerlo porque se generaría una disparidad entre el valor que este le impusiera al bien inmueble o mueble en el momento de otorgación del testamento y el que efectivamente estos tuvieran cuando se fuera a pagar la legítima de los demás interesados. Debido a que la explotación económica de un bien productivo puede verse afectada por las fluctuaciones del mercado³³. Lo preferible es que el adjudicatario y los no adjudicatarios se pongan de acuerdo en el valor de la explotación económica y, por ende, el correspondiente a la legítima de los conmutados. También, ambas partes podrían acordar el nombramiento de un perito para que fijara dicho valor. Otra opción viable es que la responsabilidad de fijar la legítima de los perceptores del metálico recayera en el contador partidario testamentario o, incluso, en la figura del cónyuge fiduciario del art. 831 del CC³⁴. Esta, precisamente, es una de las razones para que en un supuesto de partición realizada por el testador el legislador haya aludido a la figura del contador partidario testamentario³⁵.

³¹ Por ejemplo, en el caso de que el adjudicatario de los bienes sea un extraño, como solo se le puede asignar el tercio de libre disposición, este deberá abonarle, en metálico extrahereditario, dos terceras partes del caudal relicto a los no adjudicatarios. También, si el adjudicatario fuera el cónyuge y concurriera a la herencia con hijos o descendientes legitimarios, este tendría la obligación de pagar no solo la legítima estricta de estos sino también la nuda propiedad de la mejora, considerando que la asignación al cónyuge supérstite incluyera el usufructo del tercio de mejora y el tercio de libre disposición en propiedad. En cambio, si el cónyuge supérstite concurre con ascendientes tendrá que abonar solo un tercio de la herencia, ya que a este, por virtud del análisis combinado de los arts. 809 y 837 del CC, el testador le podría asignar la propiedad de dos terceras partes del caudal.

³² J. J. RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones común y foral*, t. II, 4.ª ed., Madrid, Dykinson, 2009, p. 1513.

³³ F. MILLÁN SALAS, *cit.*, p. 1188; T. F. TORRES GARCÍA, «Una aproximación al artículo 1.056.II Código Civil...», *cit.*, pp. 1668-1669.

³⁴ T. F. TORRES GARCÍA, «Una aproximación al artículo 1.056.II Código Civil...», *cit.*, pp. 1669-1670; V. GARCÍA HERREA, *cit.*, pp. 1951-1952.

³⁵ L. RUEDA ESTEBAN, «La modificación del párrafo 2 del artículo 1.056...», *cit.*, pp. 234-235; L. RUEDA ESTEBAN, *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil...*, *cit.*, pp. 732-733, citando a A. RUIZ DE VELASCO Y DEL VALLE, *Manual de Derecho Mercantil*, 2.ª ed., Madrid, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, 2003, pp. 40, 132 y 133. Otra razón que pudo motivar la mención del contador-partidario testamentario en el supuesto del art. 1.056 del CC es que el testador haya realizado una partición parcial de la explotación económica o las acciones de la(s) sociedad(es) de capital. L. RUEDA ESTEBAN, «La modificación del párrafo 2

En cuanto al instante en que debe valorarse la explotación económica o las participaciones de la sociedad de capital a efectos de fijar la legítima de los conmutados, lo ideal sería que el testador definiera el momento de valoración de la legítima de los no adjudicatarios, tomando en consideración el tiempo concedido al adjudicatario para satisfacer la misma, e incorporara unas «cláusulas de estabilización», a ser aplicables si el abono de estas no se provee en el periodo señalado³⁶. Sin embargo, hay que reconocer que como esta alternativa no es impuesta como un requisito indispensable para la aplicación del art. 1.056.2 del CC, será necesario partir del supuesto fáctico general de que, a menos que el notario recomiende la inclusión de dicha aclaración, tal consideración no va a formar parte del testamento. Por lo cual, entendemos que la valoración de la legítima de los conmutados, al no haber sido individualizada, debe pasar por dos etapas: 1) calcular la legítima (arts. 818 y 819 del CC), y 2) valorarla nuevamente en el momento de su liquidación (art. 847 del CC). Esto significa que la valoración de la legítima de los conmutados se verá afectada por los aumentos y disminuciones en el valor de los bienes hereditarios, en cuanto estos sean el resultado de circunstancias externas o naturales y no producto de la gestión del adjudicatario³⁷.

Mediante este supuesto especial de partición se permite que el testador, el contador partidario testamentario autorizado por este e incluso el cónyuge viudo fiduciario del art. 831 del CC, aplase la obligación del conmutante de pagar la legítima del conmutado. El término máximo de aplazamiento solo puede ser de cinco años desde la muerte del causante. Dicho plazo es de caducidad porque manifiesta la misma naturaleza del art. 844.2 del CC³⁸. Esto facilita la sucesión de la empresa, puesto que tanto la forma de pago como su posible aplazamiento contribuyen a que el adjudicatario de la empresa o sociedad pueda financiar el pago de las legítimas de los no adjudicatarios con el rendimiento de la explotación

del artículo 1.056...», *cit.*, p. 235; L. RUEDA ESTEBAN, *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil...*, *cit.*, p. 733. T. F. TORRES GARCÍA y A. DOMÍNGUEZ LUELMO, «La Legítima en el Código Civil (II)», *cit.*, p. 132, añaden que la alusión a la figura del contador partidario testamentario, también, puede ser para que se encargue de liquidar y dividir, junto al cónyuge superviviente, la sociedad de gananciales. Esto debido a que al adjudicar bienes gananciales, el testador propició una partición parcial.

³⁶ *Vid.* L. RUEDA ESTEBAN, «La modificación del párrafo 2 del artículo 1.056...», *cit.*, p. 233; L. RUEDA ESTEBAN, *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil...*, *cit.*, p. 730; M.^a L. PALAZÓN GARRIDO, *cit.*, pp. 292-293; V. GARCÍA HERREA, *cit.*, p. 1953. Un criterio parecido mantiene P. MARTÍNEZ ESPÍN, «Comentario al artículo 1.056...», *cit.*, p. 1428, al comentar que el testador «en su testamento puede incluir concretos criterios de valoración o reglas específicas aplicables al caso o, incluso, designar la concreta empresa de tasación que deberá hacer la valoración de la sociedad».

³⁷ M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *cit.*, pp. 7660-7663.

³⁸ L. RUEDA ESTEBAN, «La modificación del párrafo 2 del artículo 1.056...», *cit.*, p. 235; L. RUEDA ESTEBAN, *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil...*, *cit.*, p. 733. T. F. TORRES GARCÍA, «Una aproximación al artículo 1.056.II Código Civil...», *cit.*, p. 1670, añade que, incluso, se puede acordar plazos de aplazamiento distintos para cada perceptor del metálico, de manera que no todos van a cobrar su legítima a la misma vez. Por su parte, ante la posibilidad de que el pago de la legítima pueda ser aplazado, hay autores que comentan que este puede, igualmente, ser abonado de manera fraccionada. F. MILLÁN SALAS, *cit.*, p. 1190; V. GARCÍA HERREA, *cit.*, p. 1954.

económica, y no con su propio peculio, o con financiación externa³⁹. Aunque para el conmutado implica que el principio de intangibilidad cualitativa de su legítima ha sido vulnerado en sus dos vertientes: 1) la de no sujetarla a gravamen alguno, y 2) la de pagarla en bienes hereditarios.

A pesar de concederse la posibilidad de aplazamiento para el pago de la legítima de los conmutados, la norma no contempla ni elimina la posibilidad de que el testador, el contador partidario testamentario o el cónyuge viudo fiduciario del art. 831 del CC imponga intereses por el retraso que se produzca en el pago. Esto podría sugerir que si no se establecen no podrán ser exigidos, a menos que el adjudicatario y el no adjudicatario lo acuerden. No obstante, coincidimos⁴⁰ en que lo más congruente es aplicar lo dispuesto en el art. 847 del CC, en cuanto a que «[d]esde la liquidación, el crédito metálico devengará interés legal».

V. GARANTÍAS PARA EL LEGITIMARIO NO ADJUDICATARIO

El art. 1.056.2 del CC no alude a las consecuencias de que el adjudicatario no pague en efectivo la legítima de los conmutados. Tampoco se expresa respecto a las garantías con que cuenta el legitimario no adjudicatario para proteger su derecho al pago de su legítima. La única salvedad que se establece como parte de esta normativa es que «[s]i no se hubiera establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia». Todo esto, a pesar de que la médula del problema de la posición jurídica de los perceptores del metálico es definir cómo garantizar sus derechos desde el fallecimiento del causante hasta su efectivo pago.

El supuesto concreto de partición especial es eficaz porque le son aplicables los efectos del art. 1.068 del CC. Esto significa que el adjudicatario adquiere la propiedad de la explotación económica o control societario desde la muerte del causante y no se podrá instar el juicio de testamentaría porque ya el testador realizó la partición. Su especialidad, en cambio, se basa en que, distinto a la partición general del art. 1.056.1 del CC, la titularidad sobre el bien adjudicado se convierte en plenamente efectiva cuando el adjudicatario evita que surja la condición resolutoria del impago de la legítima de los no adjudicatarios⁴¹. Este hecho de que la adjudicación es claudicante se consigna en escritura pública de partición para que se haga constar en la inscripción que se realice en el Registro de la Propiedad, conforme el art. 80.2 del Reglamento Hipotecario de España

³⁹ L. RUEDA ESTEBAN, «La modificación del párrafo 2 del artículo 1.056...», *cit.*, p. 234; L. RUEDA ESTEBAN, *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil...*, *cit.*, p. 732; V. GARCÍA HERREA, *cit.*, p. 1954.

⁴⁰ L. RUEDA ESTEBAN, «La modificación del párrafo 2 del artículo 1.056 del Código Civil», *cit.*, p. 235; L. RUEDA ESTEBAN, *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil*, *cit.*, p. 733; C. M. Díez Soto, *cit.*, p. 30.

⁴¹ *Vid.* M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *cit.*, p. 7656.

(RH) de 1947⁴². De esta manera, se evita que se active la protección del tercero registral.

Otra característica que lo distingue de la partición general del art. 1.056.1 del CC es que no evita que surja la comunidad hereditaria entre el conmutante y el conmutado. Hasta que el adjudicatario no pague la legítima de los no adjudicatarios, evitando así que se active la condición resolutoria, persistirá la comunidad hereditaria entre ambos. Todo porque no fue individualizado el derecho del conmutado. Las particularidades de este supuesto tienen que ver con que es una excepción a la regla general de que la legítima debe abonarse en bienes hereditarios.

Se evidencia, entonces, que la naturaleza de la legítima del conmutado sigue siendo *pars bonorum* hasta su satisfacción. Razón por la cual, ante el impago del adjudicatario y, como particularidad de esta norma, por no haberse establecido expresamente la forma en que se iba a satisfacer la misma, el no adjudicatario puede exigir el pago de su parte en bienes hereditarios. Lo que ocasionará que el conmutante no solo pierda su mejora en términos cualitativos sino también a nivel cuantitativo⁴³.

VI. CONCLUSIÓN

No cabe duda que esta posibilidad de que el pago de la legítima de los conmutados pueda abonarse en dinero extrahereditario junto a la característica de que este pueda ser aplazado es representativa de tres circunstancias particulares. Primero, que el legislador, luego de sopesar el interés de los legitimarios, respecto a su derecho a recibir su legítima en bienes de la herencia y sin gravamen, y el de la empresa, se ha inclinado, contundentemente, a favorecer el segundo. En otras palabras, el legislador le ha conferido primacía al bienestar social, al partir de la premisa de que hoy día son las pequeñas y medianas empresas las que, en mayor grado, sostienen la estabilidad económica de este país. Segundo, se ha pretendido facilitar la sucesión de la empresa. Tercero, ha primado la autonomía de la voluntad del testador cuando normalmente

⁴² Decreto de 14 de febrero de 1947, *BOE* núm. 106, de 16 de abril de 1947, corrección de erratas en *BOE* núm. 143, de 23 de mayo de 1947; M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *cit.*, pp. 7656-7657. A. FERNÁNDEZ TRESGUERRES, *Transmisión mortis causa de la condición de socio: un estudio en la Sociedad Limitada Familiar*, *cit.*, p. 265, nota 278, discrepa porque entiende que el art. 80.2 del RH únicamente es aplicable al supuesto general de pago en metálico de la porción hereditaria contenido en los arts. 841 y ss. del CC.

⁴³ C. M. DÍEZ SOTO, *cit.*, p. 31. J. B. VALLET DE GOYTISOLO, «Comentario al artículo 1.056 del Código Civil», en ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XIV, vol. 2, Madrid, Edersa, 1989, p. 167, respecto a la redacción anterior del art. 1.056.2 del CC. F. MILLÁN SALAS, *cit.*, p. 1194, discrepa de esta apreciación al indicar que «[e]l que el adjudicatario de la explotación económica, de las acciones o participaciones sociales no pague en metálico a los demás no implica la pérdida de la mejora cuantitativa, a no ser que así lo haya previsto el testador en su testamento».

su libertad de testar no se tiene en cuenta al ser las legítimas de derecho imperativo.

Este proceder legislativo, de permitir que no se respete el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima en sus dos vertientes, es decir, la que viabiliza que su compensación sea en bienes de la herencia y la que impide que se establezcan gravámenes, condiciones o sustituciones sobre esta, siempre que no se vulnere su contenido cuantitativo, no es caprichoso. La flexibilización en la calidad y forma en que se percibe la legítima favorece a la libre circulación de los bienes, especialmente respecto a los inmuebles y a los que conforman pequeñas y medianas empresas. Además de que permite que al testador se le amplíen las opciones de planificar y distribuir su herencia, al poder adjudicar sus bienes a aquel sucesor que entienda más conveniente. Se cumple, de esta forma, con la exigencia constitucional, dispuesta en los arts. 33.1 y 2 de la Constitución española de 1978, de que el contenido de la herencia debe responder a alguna finalidad social.

No pensamos que se trate de la desnaturalización de este principio. Al contrario, el principio de intangibilidad cualitativa ha evolucionado para resolver, de forma congruente con los tiempos y el orden económico vigente, problemas que inquietan al testador, al Estado y a la comunidad. Afirmar otra cosa, podría ser incoherente con el hecho de que la posibilidad de pago en efectivo extrahereditario de la legítima, junto con la facultad de gravarla en ciertas circunstancias, solo se activa ante la presencia de dos factores interdependientes: 1) la voluntad del testador, manifestada directa o indirectamente, y 2) el cumplimiento de los requisitos legales del supuesto de conmutación aplicable. Si alguno de estos no se materializa, la excepción de abono en metálico de la legítima es inviable. Todo esto porque todavía, dentro del régimen legitimario, este principio continúa siendo uno de los componentes que, junto al principio de intangibilidad cuantitativa de la legítima, limita la libertad de testar del causante.

Por otro lado, el espíritu de las normas que viabilizan la conmutación de la legítima no está orientado a que se considere y trate al conmutado como un legitimario de categoría inferior al adjudicatario de los bienes relictos, por el simple hecho de que debe percibir su porción legal en dinero extrahereditario. Justificamos nuestro planteamiento en que el derecho de los legitimarios no adjudicatarios está protegido hasta su satisfacción con la reserva del art. 806 del CC, que recae sobre todos los bienes del caudal relicto. Es decir, con la naturaleza de la legítima que es esencialmente *pars bonorum* hasta que el conmutante cumpla con su deber de efectuar el pago de su parte legal a los no adjudicatarios. A esto se suma que para calcular la cuantía que el adjudicatario debe abonarle a los perceptores del metálico, se utilizará el valor que tuvieran los bienes del caudal relicto al momento en que la porción correspondiente fuera satisfecha. Además de que los no adjudicatarios pueden exigir que su legítima sea compensada *in natura* ante el impago

de esta en metálico por los adjudicatarios o, como cuestión especial de este supuesto, si no se estableció la forma de pago. Esto debido a que el conmutado sigue siendo cotitular de los bienes hereditarios porque su parte legal no fue individualizada. Además de la protección que le genera esta circunstancia, cuentan con una serie de garantías que, en conjunto, validan nuestro argumento de que la única diferencia entre el legitimario conmutado y el legitimario conmutante es la forma en que perciben su legítima.