

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO IV – NÚMERO VI

1º SEMESTRE 2018

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO IV, Nº VI, 1º SEM. 2018

JURUÁ EDITORIAL

Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Home page: www.editorialjurua.com/revistaconsinter/

e-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396

Depósito Legal: 398849/15

DOI: 10.19135/revista.consinter.0006.00

Editor:

David Vallespín Pérez

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona. Su actividad docente abarca tanto los estudios de Grado como los de Doctorado. Ha realizado enriquecedoras estancias de investigación en prestigiosas Universidades Europeas (Milán, Bolonia, Florencia, Gante y Bruselas).

Diretores da Revista:

Germán Barreiro González

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Colaborador Honorífico en el Departamento de Derecho Privado y de la Empresa – Universidad de León (España).

Gonçalo S. de Melo Bandeira

Professor Adjunto e Coordenador das Ciências Jurídico-Fundamentais na ESG/IPCA, Minho, Portugal. Professor Convidado do Mestrado na Universidade do Minho. Investigador do CEDU – Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Doutor e Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Catedrática Acreditada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho, UCM, de la que ha sido Vicedecana de Estudios, Espacio Europeo de Educación Superior y de Innovación Educativa y Convergencia Europea.

A presente obra foi aprovada pelo Conselho Editorial Científico da Juruá Editora, adotando-se o sistema *blind view* (avaliação às cegas). A avaliação inominada garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a autonomia do Conselho Editorial, consoante as exigências das agências e instituições de avaliação, atestando a excelência do material que ora publicamos e apresentamos à sociedade.

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO IV – NÚMERO VI

1º SEMESTRE 2018

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

Porto
Editorial Juruá
2018

COLABORADORES:

Ana Isabel Berrocal Lanzarot
Ana Luiza Almeida Ferro
Ana Maria Alves Rodrigues Varela
Angela Alves de Sousa
Bruno Torquato de Oliveira Naves
Carolina Iwancow Ferreira
Clayton Reis
Demetrius dos Santos Ramos
Edilene Lôbo
Edna Raquel R. S. Hogemann
Érica Maia Campelo Arruda
Fábio Lins de Lessa Carvalho
Frederico Lages da Mota
Hélio Silvío Ourém Campos
Ivânia Goretti Oliveira Pereira
J. Eduardo López Ahumada
Jarbas Soares Júnior

Júlia Gomes Pereira Maurmo
Leonel Cezar Rodrigues
Luísa Munhoz Bürgel Ramidoff
María Antonia Pérez Alonso
Maria Cristina Costa de Almeida
Maria de Jesus R. Araujo Heilmann
Maria de Lourdes Costa de Almeida
Maria Helena de Carvalho
Maria Ivanúcia Mariz Erminio
Mário Luiz Ramidoff
Murilo Couto Lacerda
Nathália Polyana Couto Lacerda
Pedro Curvello Saavedra Avzaradel
Rejaine Silva Guimarães
Sandra Mara Franco Sette
Sandra Negri
Simone Letícia Severo e Sousa

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca.

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

ESSA OBRA É LICENCIADA POR UMA LICENÇA *CREATIVE COMMONS*

Atribuição – Uso Não Comercial – Compartilhamento pela mesma licença 3.0 Brasil.

É permitido:

- copiar, distribuir, exibir e executar a obra
- criar obras derivadas

Sob as seguintes condições:



ATRIBUIÇÃO

Você deve dar crédito ao autor original, da forma especificada pelo autor ou licenciante.



USO NÃO COMERCIAL

Você não pode utilizar esta obra com finalidades comerciais.



COMPARTILHAMENTO PELA MESMA LICENÇA

Se você alterar, transformar ou criar outra obra com base nesta, você somente poderá distribuir a obra resultante sob uma licença idêntica a esta.

– Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro para outro, os termos da licença desta obra.

- Licença Jurídica (licença integral):
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/br/legalcode>

Esta revista proporciona acesso público livre e imediato a todo seu conteúdo em ambiente virtual.

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objetivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos selecionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de seleção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

LA EMPRESA FAMILIAR Y DIVERSOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS SUCESORIOS QUE GARANTIZAN SU CONTINUIDAD

THE FAMILY ENTERPRISE AND DIVERSE JURIDICAL SUCCESSOR INSTRUMENTS THAT GUARANTEE HIS CONTINUITY

DOI: 10.19135/revista.consinter.00006.17

Ana Isabel Berrocal Lanzarot¹ – ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4503-156X>

Resumen: En el tejido empresarial español ocupa un lugar especialmente importante la empresa familiar – sobre todo en su modalidad de pequeña y mediana empresa (PYME)-. La necesidad de garantizar su conservación y continuidad ante el fallecimiento del socio fundador y su plasmación en instrumentos jurídicos sucesorios como la delegación de la facultad de mejorar (artículo 831 del Código Civil), y la partición realizada por el testador (artículo 1056 del Código Civil) es la materia objeto de análisis en el presente estudio.

Palabras claves: Empresa familiar; Cónyuge viudo; Pareja de hecho; Delegación de la facultad de mejorar; Hijos; Descendientes; Testamento; Herederos; Partición del testador; Mejora y legítima.

Abstract: In the managerial Spanish fabric an especially important place occupies the family Enterprise –in the modality of small and medium Company (PYME)-. To need to guarantee his conservation and continuity before the death of the founding partner and his manifestation in juridical successor instruments as the delegation of the distribution of the inheritance for the spouse (article 831 of the Civil Code) and the distribution of the goods realized by the testator (article 1056 of the Civil Code) it is the matter object of analysis in the present study.

Keywords: Family Enterprise; Spouse; Unmarried couple; Delegation of the faculty to distribute the inheritance; Sons; Descendants; Testament; Inheritors partition of the testator and legitimate.

I CONSIDERACIONES PREVIAS

En el tejido empresarial español ocupa un lugar preferente las empresas familiares –conocidas como PYMES-, que, suelen adoptar formas societarias y también –aunque en menor número- los que constituyen Holdings empresariales.

En una aproximación económica a la empresa familiar, SÁNCHEZ RUIZ nos recuerda el modelo de tres círculos de la empresa familiar formulada a

¹ Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil. UCM.

finales de los noventa por GERSICK, DAVIS, HAMPTON y LANSBERG. Así, en el círculo de la familia se contiene aquellos sujetos que, son miembros de ésta, pero que al mismo tiempo pueden o no ser socios, directivos o trabajadores de la empresa familiar. En el círculo de la propiedad se integran los socios-titulares de las partes sociales, quienes, en principio, pueden ser o no miembros de la familia, y a la vez, pueden ostentar o no cargos de administración y dirección de la empresa; en este ámbito es esencial determinar el reparto del capital que, suele estar mayoritariamente en manos de la familia que, ejerce el control de la sociedad o grupo familiar; y, por último, en el círculo de la empresa donde deben resolverse cuestiones tales como la estructura organizativa de la gestión o administración, los requisitos para el acceso a cargos de gestión o funciones ejecutivas por parte de los miembros de la familia, las relaciones con los administradores que no son familiares, ni socios, así como las condiciones para la incorporación a puestos de trabajo de los miembros de la familia².

Desde un punto de vista jurídico, VICENT CHULIÁ distingue entre empresa familiar de titularidad individual –como comunidad de trabajo no asalariado que, se desenvuelve en actividades que exigen poca inversión-; y, empresa familiar de titularidad societaria –sociedad familiar y grupo de sociedades- en la que se engloba el régimen jurídico de las principales formas jurídicas adoptadas por las empresas familiares³. Por su parte GARRIDO DE PALMA destaca tres características de la empresa familiar: a) La propiedad de la empresa se encuentra en manos de familiares en la medida suficiente para atribuir la capacidad de decisión en los asuntos más relevantes; b) Existe una unidad de decisión y dirección en la que participan los miembros de la familia; c) Actúa con vocación de continuidad “un nexo de unión del presente con el futuro por la vía de la dirección y gestión familiar de la empresa”⁴.

² SÁNCHEZ RUIZ M., “Introducción. Una aproximación jurídica a las empresas y las sociedades familiares”, *Régimen Jurídico de la Empresa Familiar*, coordinador Mercedes Sánchez Ruiz, Civitas Thomson Reuters, Navarra 2010, pp. 16-17.

³ VICENT CHULIÁ F., “Organización jurídica de la sociedad familiar”, *Derecho de sociedades. Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero, T. V*, McGraw Hill, Madrid 2002, pp. 4537-4538.

⁴ GARRIDO DE PALMA V., “La familia empresaria ante el Derecho”, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, T. IV*, coordinadores Martín Garrido Melero y Josep María Fugardo Estivill, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 64-67. Asimismo, SERRANO GÓMEZ E., “Los protocolos familiares”, *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 339-341 señala como características de esta modalidad empresarial las siguientes: “1. La titularidad de la empresa corresponde a un mismo grupo familiar, de tal manera que, a medida que pasa el tiempo y aumenta el número de miembros, son más las ramas familiares propietarias que se ven involucradas directamente en el funcionamiento empresarial. Se trata de un grupo familiar con vínculos de parentesco que pueden ser consanguíneos, por afinidad y, por supuesto, por adopción; 2. La familia interviene directamente en la gestión de la empresa y en las resoluciones referidas a la misma. En este sentido, la empresa familiar se caracteriza porque la toma de decisiones no recae en sujetos ajenos a la familia sino que es precisamente ésta la que decide qué postura adoptar ante cada supuesto que se plantee; 3. Existe una marcada implicación de los miembros de la familia en los avatares y circunstancias que pueda atravesar la empresa familiar, ya que existe una conexión directa y fluida entre el estado de la familia y lo que sucede en el seno de la empresa; 4. Los puestos directivos están principalmente ocupados por miembros de la familia; 5. El fundador o fundadores pretenden que

En este contexto, carece el ordenamiento español de un concepto de empresa familiar, no obstante, el Real Decreto-Ley 171/2007, de 9 de febrero por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares en su preámbulo se describe las sociedades familiares en sentido amplio como “aquellas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenece total o parcialmente a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí”. Si bien, no faltan en la doctrina definiciones de lo que representa la empresa familiar. PÉREZ FADÓN entiende por empresa familiar “aquella cuyo patrimonio o capital pertenece a una persona o grupo de personas unidas por matrimonio o por lazos de parentesco, que además intervienen directa y efectivamente en la dirección de la misma”. Así, pues, añade los caracteres definitorios de la “empresa familiar” son: “que se trata de una empresa, lo que excluye la simple tenencia de bienes o derechos; que sea propiedad de una persona o grupo de personas ligadas por matrimonio o parentesco y que, además, se ocupen de dirigirla”⁵. Por su parte, CALVO MEIJIDE la conceptúa como “aquella organización integrada por un conjunto patrimonial de bienes y derechos y por unas relaciones jurídicas de muy diversa índole, y de forma especial, por las relaciones de trabajo, entendido todo ello como una unidad organizativa de producción, destinada por el empresario al ejercicio y desarrollo de una actividad mercantil, industrial, comercial o de prestación de servicios, con el fin de obtener un lucro, asumiendo el empresario la responsabilidad derivada de su actividad mercantil”⁶. En todo caso, como indica FERNÁNDEZ TRESGUERRES “no es su dimensión –PYME o gran empresa- ni su forma –empresario individual, sociedad de personas o de capital- la nota que define a este tipo de empresas. Desde una perspectiva positiva hay que estar a un elemento subjetivo determinante y envolvente para definirla: la cualidad de las personas que ostentan la propiedad de la empresa”⁷.

Efectivamente, en la concepción de la empresa familiar el eje central viene representado por el control de la familia en todo lo que representa la gestión y dirección de la empresa y, asimismo, la vocación de continuidad como elemento esencial o configurador de la empresa familiar⁸.

Sobre tales bases, el principio general aplicable en la elección de la forma de una empresa familiar es el de la libertad. Las posibilidades que, ofrece el

la empresa se transmita de generación en generación y que la marca empresarial sea reconocida cada vez más con el paso del tiempo; 6. Suelen ser empresas que otorgan una mayor protección a sus trabajadores, lo cuales suelen sentirse satisfechos con la tarea que desarrollan y gozan de mayores prestaciones asistenciales que la media, lo que propicia que habitualmente permanezca gran parte de su vida laboral en la misma empresa; y, 7. Están mejor orientadas al mercado y su adaptabilidad a los vaivenes económicos es más fácil”.

⁵ PÉREZ FADÓN J.J., *La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar*, CISS Grupo Wolters Kluwer, Madrid 2012, p. 18.

⁶ CALVO MEIJIDE A., “Concepto, forma y continuidad de la empresa familiar. Reflexiones sobre sus aspectos jurídicos”, *Actualidad Civil 2001-4*, p. 1261.

⁷ FERNÁNDEZ TRESGUERRES A., *Transmisión mortis causa de la condición de socio*, Thomson Aranzadi, Pamplona 2008, p. 119.

⁸ ROCA JUNYENT M., “La empresa familiar en el ordenamiento interno y comunitario”, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, T. IV*, coordinadores Martín Garrido Melero y Josep Maria Fugardo Estivill, Bosch, Barcelona, 2005, p. 31.

ordenamiento jurídico en relación con la estructura, no quedan reservadas al ámbito del Derecho Mercantil, sino que las empresas pueden también elegir formas propias del Derecho Civil. Así respecto a las primeras, debe atenderse a la clásica distinción entre sociedades mercantiles personalistas –en las que los socios responde personalmente de las deudas sociales (artículos 127 y 237 del Código de Comercio)- y, las sociedades de capital, fundamentalmente por la clara ventaja para el socio de la limitación de su responsabilidad por las deudas sociales al no responder personalmente. El Real Decreto-Ley 1/2010, del 2 de julio por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, señala como sociedades de este tipo la sociedad de responsabilidad limitada, la Sociedad Anónima y la Sociedad Comanditaria por acciones (artículo 1.1). Respecto a las formas propias del Derecho Civil, hay que destacar la sociedad civil (artículos 1665 a 1708 del Código Civil), la comunidad de bienes (artículos 392 a 406 del Código Civil), e incluso, acogerse a figuras generales como empresario individual, persona física. Lógicamente, la forma que, finalmente adopte la empresa, dependerá entre otros factores, de los fines concretos que persiga, de la financiación de la que disponga, o de los riesgos que, pretenda asumir. Como indica RODRÍGUEZ ARTIGAS “lo cierto es que cualquiera de los tipos sociales existentes sirve a la sociedad familiar: me refiero a la sociedad anónima, a la sociedad de responsabilidad limitada o a la sociedad comanditaria, o, incluso, a las cuentas de participación”⁹. De las formas societarias descritas, las elegidas de forma mayoritaria son las Sociedades Anónimas y las Sociedades de Responsabilidad Limitada frente a la sociedad colectiva o comanditaria simple. Si bien, entre las sociedades de capital la forma social predominante es la sociedad de responsabilidad limitada. Entre otros aspectos por su flexibilidad, lo que permite adaptar la forma social a cada realidad empresarial y, en su caso, a la familiar; asimismo por la posibilidad de incluir la desigualdad de voto, como la restricción en la transmisión de la condición de socio, o la regulación y reconocimiento expreso de la separación de socios y, en los estatutos se pueden incluir aspectos relacionados con la transmisión de participación que, no puede darse en la Sociedad Anónima, o en fin, se puede convenir la existencia de participaciones sin voto con el objeto de poder disponer de recursos ajenos sin disminución del control familiar. Esta idoneidad objetiva del régimen de la Sociedad Limitada la tuvo en cuenta el legislador cuando aprobó la Ley 7/2003, de 1 de abril de Sociedad Limitada de Nueva Empresa. Pues, además de la creación en nuestro ordenamiento de un subtipo de sociedad limitada como es la Sociedad Limitada de Nueva Empresa, también se introdujo modificaciones al régimen general de la Sociedad Limitada. Así, por ejemplo, las mencionadas participaciones sin voto o la regulación de la adquisición de participaciones propias. También se aprovechó para modificar diversos preceptos del Código Civil (artículos 1056.2, 1271 y 1406.2) relativos al régimen económico matrimonial y al Derecho de Sucesiones; y en su

⁹ RODRÍGUEZ ARTIGAS F., “La empresa familiar y las reformas de la Ley de Sociedades Limitadas”, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T. IV, coordinadores Martín Garrido Melero y Josep María Fugardo Estivill, Bosch, Barcelona, 2005, p. 389.

Disposición Final segunda apartado tercero estableció una habilitación expresa para la regulación reglamentaria de 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 aplicación de tal habilitación se aprobó el mencionado Real Decreto-Ley 171/2007. Actualmente, este subtipo de la sociedad de responsabilidad limitada se regula en los artículos 434 a 454 de la Ley de Sociedades de Capital.

En este contexto, el principal problema de la empresa familiar es el relativo a su continuidad en las nuevas generaciones –en esencia, su sucesión-, pues, la planificación de la continuidad de la empresa y su conservación en el ámbito familiar no se limita solo a la transmisión de la titularidad dominical, sino que también afecta a la gestión o control de la empresa, y el evitar, en ocasiones, su división o fragmentación. Existen diversos instrumentos que posibilitan la continuidad de la empresa familiar –capitulaciones matrimoniales, los estatutos de la sociedad que, aunque no pueden contener disposiciones *mortis causa*, si posibilitan una continuidad ordenada de la empresa dentro del ámbito de la familia del empresario a través de la adquisición de participaciones a favor de los socios o de la propia sociedad en caso de fallecimiento de un socio, con o sin exclusión de los mismos, o mediante participaciones sin voto, o atribuir al usufructuario el derecho al voto entre otras formas de operar, el protocolo familiar, el testamento-; si bien, en el presente estudio por razones de espacio solo nos vamos a ocupar de dos instrumentos de carácter sucesorio regulados en el Código Civil, la delegación de la facultad de mejorar (artículo 831); y, la partición realizada por el testador por actos *inter vivos* o de última voluntad sobre la base legal del artículo 1056.

II LA DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE MEJORAR (ARTÍCULO 831 DEL CÓDIGO CIVIL)

2.1 Razón de Ser, Fundamento y Naturaleza

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad en cumplimiento del mandato contenido en el artículo 49 de la Constitución española tiene por objeto potenciar la protección patrimonial de las personas con discapacidad, ofreciendo para ello una serie de nuevos instrumentos jurídicos que, la posibiliten. Algunos de ellos se mueven en el campo contractual, persiguiendo la satisfacción de las necesidades a través de la realización de contratos; otros se relacionan directamente con las vicisitudes o evolución de la capacidad del sujeto sobre todo ante la existencia de enfermedades neurodegenerativas que, afectan a un sector de la población –tercera edad-, y que tienen como consecuencia la pérdida paulatina de la capacidad, lo que determina que, resulte necesario diseñar anticipadamente un modelo de protección tanto para la esfera personal como patrimonial. Si bien, en todos ellos subyace la potenciación del recurso a la autonomía de la voluntad como medio ideal para el

tratamiento de las relaciones familiares. Entre los instrumentos sucesorios que, se modifican con esta reforma, hay que destacar el artículo 831 del Código Civil que, regula la llamada “delegación de la facultad de mejorar”¹⁰. Se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley que la reforma de tal precepto se hace “con objeto de introducir una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad. De esta forma, se concede al testador amplias facultades para que, en su testamento pueda conferir al cónyuge supérstite amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes, lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la

¹⁰ El artículo 831 del Código Civil dispone: “1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, podrán conferirse facultades al cónyuge en testamento para que, fallecido el testador, pueda realizar a favor de los hijos o descendientes comunes mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición y, en general, adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar. Estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Si no se le hubieren conferido la facultad de hacerlo en su propio testamento o se hubiera señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes. Las disposiciones del cónyuge que tengan por objeto bienes específicos y determinados, además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa. 2. Corresponderá al cónyuge sobreviviente la administración de los bienes sobre los que pendan las facultades a que se refiere el párrafo anterior. 3. El cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante a favor de éstos. De no respetarse la legítima estricta de algún descendiente común o la cuota de participación en los bienes relictos que, en su favor hubiere ordenado el causante, el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado. Se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades. 4. La concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni el de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común. En tal caso, el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones. Cuando algún descendiente que no lo sea del cónyuge supérstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido. 5. Las facultades conferidas al cónyuge cesarán desde que hubiere pasado a ulterior matrimonio o a relación de hecho análoga o tenido algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa. 6. Las disposiciones de los párrafos anteriores también serán de aplicación cuando las personas con descendencia común no estén casadas entre sí”.

En algunas legislaciones autonómicas, también se regula esta figura bajo diversas denominaciones y con un tratamiento específico, así en Cataluña, la llamada “designación de heredero por fiduciario” –artículos 424.1 a 424-10 del Código Civil catalán-; en Aragón, la fiducia sucesoria -artículos 439-463 del Código Civil de Aragón-; en Navarra, los fiduciarios-comisarios –Leyes 281-288 del Fuero Nuevo de Navarra-; en Galicia, el denominado “testamento por comisario” –artículos 196 a 202 de la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho civil de Galicia-; y, en País Vasco, la sucesión por comisario -artículos 30-46 de la Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho civil vasco-, entre otras.

variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de las personas con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí”. Aunque se indica en la mencionada exposición que, se introduce una nueva figura protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad, lo cierto es que se limita a ampliar el contenido del artículo 830 y de intentar dar respuesta a las controversias surgidas en torno a su aplicabilidad¹¹. Si bien, este precepto ya había objeto de una primera modificación por la Ley 11/1981, de 13 de mayo. En todo caso, se trata simplemente de una protección patrimonial indirecta que, puede hacerse valer por cualquier pareja esté o no casada, y tenga o no un hijo o descendiente común discapacitado, pues, tal institución puede valer tanto para proteger al hijo o descendiente común, que se encuentre en esa situación, como para el que no lo está¹².

Representa una excepción a otros preceptos del Código Civil. En concreto, al artículo 830 que, le precede y que, precisamente, prohíbe encomendar a otro la facultad de mejorar. Asimismo, excepciona el artículo 670 que, partiendo de la consideración del testamento como un acto personalísimo, señala que “*no puede dejarse su formación, en todo o 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 las porciones en que haya de suceder cuando sean instituidos nominalmente*” por lo que se impide que, determinadas decisiones como designar sucesor o establecer porción legitimaria. El cónyuge, en virtud de la delegación concedida, puede designar porciones e incluso instituir herederos, pero en la parte relativa a la mejora. Por otra parte, supone también una excepción al artículo 1271.2 del Código Civil en el que, se prohíbe los contratos sobre herencia futura, salvo la división entre vivos del caudal conforme al artículo 1056 de cuyo análisis nos ocuparemos en otro apartado de este estudio; y, finalmente, al artículo 1057.1

¹¹ En esta línea, GARCÍA RUBIO M^a.P., “La reformulación por la Ley 41/2003, de la delegación de la facultad de mejorar”, *Anuario de Derecho Civil, T. LXI, Fasc. I, enero-marzo 2008*, p. 59 señala al respecto que “lo cierto es que el tenor del artículo se limita a dar un nuevo contenido a la fiducia sucesoria, sin que la finalidad expresada en el preámbulo aparezca de ningún modo reflejada en el texto legal” y desde un punto de vista formal añade la autora “el artículo 831 ha pasado a ser un farragoso entramado de normas ordenadas en seis números que, pretendidamente recogen las soluciones a los problemas que la doctrina había planteado con el texto anterior, tomando partido en la respuesta a cuestiones distintas” (p. 61). Por su parte, ROCA GUILLAMÓN J., “Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (Notas al artículo 831 del Código Civil –Ley 41/2003–)”, *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García, T. II*, Colegio de Registradores y Universidad de Murcia, Murcia 2004, pp. 4283-4284 manifiesta que, las funciones tradicionales de la figura que consisten en defender la posición del cónyuge viudo, mantener en vida de éste la paz familiar y, en ocasiones, posibilitar el reequilibrio en las posiciones patrimoniales de los hijos, ahora con la reforma, se reconoce la función de servir de instrumento de protección de discapacitado.

¹² LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA C., “El artículo 831 del Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil, T. LVIII, Fasc. III, julio-septiembre 2005*, pp. 1116-1117. Por su parte, indica PEREÑA VICENTE M., “El derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado”, *La Ley, número 5957, año XXV, de 18 de febrero de 2004*, ref. D-41, pp. 1832-1833 que, en ningún momento la norma menciona a los discapacitados o a los incapacitados, por lo que quizá lo que pretende el legislador, es revitalizar una figura de escasa aplicación.

del Código Civil, que solo permite al testador encomendar por acto *inter vivos* o *mortis causa* para después de su muerte, la simple facultad de hacer la partición a cualquier persona que, no sea uno de los coherederos; y, precisamente, el cónyuge superviviente del artículo 831 es un coheredero¹³.

Respecto a su fundamento, ALPAÑES con referencia a su redacción originaria del artículo 831 del Código Civil considera que, este precepto “constituye un poderoso instrumento en manos del viudo o la viuda para conservar la cohesión familiar y su continuación a través de las múltiples circunstancias cambiantes en que la vida de una familiar labradora se desenvuelve” y añade el citado autor “evita la igualitaria distribución del llamamiento legal”¹⁴. Para SECO CARO el artículo 831 “puede servir para alcanzar diversos fines entre los cuales los de principal importancia son: mantenerse unido el patrimonio indivisible familiar, evitarse la disgregación de la propiedad territorial o de establecimientos y empresas mercantiles e industriales, quedar fortalecido el poder familiar y la posición del cónyuge viudo en relación con los hijos, alcanzar una distribución equitativa de la herencia del difunto sin testamento, evitar en muchos casos la herencia y corregir las ulteriores diferencias de fortuna o de otras circunstancias entre los diversos hijos, con la medida humanitaria y equitativa que, supone la mejora a los que resulten más necesitados”¹⁵; y pensando, asimismo, de manera primordial en el patrimonio familiar DÍAZ FUENTES indica que “entre los propósitos de este precepto se cuentan el de diferir, aún hasta después del óbito del causante, la designación del elegido para continuado en la explotación familiar, haciendo recaer sobre el viudo su nombramiento en previsión que, el fallecimiento del “*de cuius*” acontezca antes de poder los descendientes revelar sus respectivas aptitudes para ser preferidos”¹⁶.

En cuanto a su naturaleza, apunta VALLET DE GOYTISOLO que, el contenido del artículo 831 ha sido enfocado por la doctrina de diversas maneras¹⁷. Así, para unos representa un pacto sucesorio que, no debe confundirse

¹³ En esta línea, GARCÍA RUBIO M.^aP., “La reformulación por la Ley 41/2003, de la delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, pp. 66-67; RIVAS MARTÍNEZ J., “La delegación de la facultad de mejorar”, *Boletín del Colegio de Registradores de España, número 136, junio 2007*, p. 1634; CÁMARA LAPUENTE S., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *Código Civil comentado, vol. II*, directores A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, 2^a ed., Civitas, Thomson Reuters, Navarra 2016, p. 908; RUEDA ESTEBAN L., *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil: auténtica fiducia sucesoria en derecho civil común*, Consejo General del Notariado, Madrid 2014, pp. 245-246 y 263.

¹⁴ ALPAÑES E., “La delegación de la facultad de mejorar”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia, año CI, T. XXVI 1953*, p. 289.

¹⁵ SECO CARO E., *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo (Estudio sobre el artículo 831 del Código Civil español)*, Bosch, Barcelona 1960, pp. 114-115 y 215.

¹⁶ DÍAZ FUENTES A., “Excepciones legales al personalismo de las disposiciones *mortis causa* (II. Sobre el artículo 831 del Código Civil)”, *Anuario de Derecho Civil, T. XVIII, Fasc. I, enero-marzo 1965*, p. 884

¹⁷ VALLET DE GOYTISOLO J., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales, T. XI, dirigidos por Manuel Albaladejo*, 2^a ed., Edersa, Madrid 1982, pp. 404-405.

totalmente con la sucesión contractual y que excepciona el principio prohibitivo del artículo 1271.2 del Código Civil¹⁸. Para otros supone una delegación de la facultad de disponer *mortis causa*, que tampoco debe confundirse en ningún caso con el conferimiento de un poder testatorio¹⁹; no faltan quienes consideran que, estamos ante una simple facultad de distribuir la herencia semejante a la que tendría el propio causante²⁰; o ante una norma extraña al Código Civil²¹; y, en fin, quienes consideran que “integra un supuesto de fiducia sucesoria o poder testatario, con antecedentes en la tradición histórica castellana”²² o, recuerda a la fiducia aragonesa, ampliando con ello el campo real de actuación del artículo 831²³; o, como señala CÁMARA LAPUENTE se trata de una modalidad de fiducia testamentaria “con arbitrio más o menos amplio del fiduciario en función de la configuración que de ella haga el comitente, de manera que este transfiere a aquel facultades de disposición *mortis causa* sobre el caudal hereditario, para que pueda gestionarlo, elegir sus beneficiarios y distribuir la herencia entre los descendientes del causante”²⁴.

De las diferentes posiciones expuestas, se ha de indicar que, no estamos ante un pacto sucesorio en cuanto no limita el poder de disposición *mortis causa* del cónyuge otorgante; así el causante, aunque ordene al cónyuge viudo la facultad en testamento, puede disponer de sus bienes tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*, a título de herencia, legado, mejora, sustitución fideicomisaria, dejando sin efecto la delegación conferida. Frente a la

¹⁸ SÁNCHEZ ROMÁN F., *Estudios de Derecho Civil, T. VI, vol. 1º*, Madrid 1910, p. 104; CASTÁN TOBEÑAS J.Mª., *Derecho civil español, común y foral, T. VI Sucesiones, vol. II*, 8ª ed., Reus, Madrid, 1963, pp. 595-596; SECO CARO E., *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo (Estudio sobre el artículo 831 del Código Civil español)*, op. cit., pp. 157-164.

¹⁹ DÍAZ FUENTES A., “Excepciones legales al personalismo de las disposiciones *mortis causa* (II. Sobre el artículo 831 del Código Civil)”, op. cit., p. 902; ALPAÑES E., “La delegación de la facultad de mejorar”, op. cit., pp. 294-295 quien, además añade que tal delegación no supone más que “la concesión, generalmente recíproca, de un derecho de configuración jurídica, de carácter y finalidad esencialmente familiar, que si bien se produce en términos sucesorios, no participa de este carácter más que en la medida en que el derecho de familia y el derecho de sucesiones constituyen dos zonas permanentemente entremezcladas e inseparables”; Díez GÓMEZ A., “El nuevo artículo 831 del Código Civil”, *Revista de Derecho Notarial, año XXX, números 117-118, julio-diciembre 1982*, pp. 411-412 quien, asimismo destaca que “antes de la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981, la delegación de la facultad de mejorar era una modalidad de pacto sucesorio, puesto que, había que hacerse en capitulaciones matrimoniales cuyo carácter contractual era indudable. Después de la reforma, al poder hacerse la delegación en capitulaciones matrimoniales o en testamento, se trataría de un verdadero poder testatario, aunque de ámbito limitado”.

²⁰ SECO CARO E., *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo (Estudio sobre el artículo 831 del Código Civil español)*, op. cit., p. 388-390.

²¹ VALLET DE GOITISOLO J., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *Comentario del Código Civil, T. I*, Ministerio de Justicia, Madrid 1991, p. 2055.

²² GARCÍA RUBIO Mª.P., “La reformulación por la Ley 41/2003, de la delegación de la facultad de mejorar”, op. cit., p. 65.

²³ RIVAS MARTÍNEZ J., “La delegación de la facultad de mejorar”, op. cit., p. 1633.

²⁴ CÁMARA LAPUENTE S., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, op. cit., p. 908; en esta línea, RUEDA ESTEBAN L., *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil: auténtica fiducia sucesoria en derecho civil común*, op. cit., pp. 227-228 al indicar que, la finalidad que persigue es la misma que la fiducia sucesoria de Aragón.

irrevocabilidad del pacto, la delegación otorgada por el causante al cónyuge viudo en testamento es esencialmente revocable.

No estamos ante un poder testatorio, pues, no se delega la facultad de instituir heredero, sino la de mejorar y/o distribuir la herencia. El cónyuge superviviente puede ejercer su facultad no sólo *mortis causa*, sino también *inter vivos* y en ningún caso testa por el premuerto, sino que ejerce unas facultades por él delegadas²⁵. Se trata, en esencia, de una auténtica delegación de la facultad distributiva-partitiva de los bienes del causante hecha en testamento y basada en la confianza o fiducia²⁶. Su contenido va, por tanto, más allá de una simple facultad de distribución, pues, llega incluso a la partición. El cónyuge viudo está facultado, pero no obligado por el testador. El encargo encomendado se cumple con el acto de mejorar, atribuir o adjudicar, el cual una vez realizado, agota el contenido del poder concedido. Supone, en fin, la concesión entre los cónyuges o parejas de hecho en testamento de una facultad, cuyo otorgamiento no es necesario que, sea recíproco que, va a permitir al cónyuge o pareja de hecho sobreviviente la posibilidad de mejora, es decir, de atribuir porciones desiguales a los hijos o descendiente comunes y adjudicar o atribuir bienes concretos, precisamente, a estos hijos o descendientes comunes, implicando tal delegación u poder particional más amplio que el conferido al contador-partidos conforme el artículo 1057 del Código Civil. Y, asimismo, al extenderse las facultades distributivas-partitivas a los bienes de la sociedad conyugal disuelta y no liquidada y a los bienes propios del cónyuge delegado, tales facultades van a ser superiores a las del testador²⁷.

2.2 Presupuestos para la Operatividad de la Delegación de la Facultad de Mejorar

Ahora bien, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 831 existe coincidencia por parte de la doctrina señalar que, son varios los presupuestos sobre los que se sustenta el contenido del citado precepto. Así, entre otros podemos indicar los siguientes: 1. Que un cónyuge conceda a otro la facultad –el encargo– en el testamento. Ha de ser conferida en el último testamento válido. Por tanto, la sucesión del cónyuge premuerto ha de ser testada o, por lo menos en parte testada; 2. La existencia de un matrimonio válido entre el cónyuge

²⁵ RUEDA ESTEBAN L., “La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T. V, Bosch, Barcelona 2004, p. 162.

²⁶ BLASCO GASCO F de P., *Derecho de Sucesiones*, coordinador A.M. López, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, p. 342; RIVAS MARTÍNEZ J., “La delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, p. 1634 quien precisa al respecto que se trata de “una figura o institución como de tipo fiduciario de naturaleza singular, que se caracteriza por ocupar el delegado la misma posición jurídica del causante-testador y por tanto, sin quedar sujeto, por ejemplo a las reglas de igualdad de los artículos 1061 y 1061 del Código Civil, así como tampoco queda sometido en su función distributiva a la obligación de inventario con citación de los representantes legales o curadores establecida en el párrafo último del artículo 1057. Asimismo, el fiduciario podrá ejercer la facultad prevenida en el artículo 1056.2 del Código Civil y efectuar todo tipo de mejoras, tanto de cuota con o sin asignación de bienes como de bienes concretos con o sin determinación de cuotas”.

²⁷ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA C., “El artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1123.

concedente y el cónyuge concesionario de la facultad y que aquél se mantenga subsistente a la muerte del cónyuge testador; 3. La existencia de una relación de hecho análoga a la conyugal o se trate, simplemente, de personas con descendencia común que no estén casadas entre sí, y que, en ambos supuestos sobrevivan al testador; 4. Que el concedente de la facultad –encargo- premuera al cónyuge facultado o pareja de hecho o persona con la que tenga descendencia común; 5. Que, igualmente, sobrevivan al testador varios hijos o descendientes comunes; 6. Que los hijos o descendientes comunes no sean declarados indignos para suceder al causante o hayan sido desheredados por éste con justa causa; y 7. Que el cónyuge supérstite o pareja de hecho o persona con la que tenga descendencia común sobrevivientes no hayan contraído nuevas nupcias o mantengan una relación de hecho análoga a la conyugal o tengan algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa.

En cuanto a las características de esta facultad señala RUEDA ESTEBAN que son las siguientes: “1. Es de contenido complejo; 2. El ejercicio de la facultad es de ejercicio fiduciario; 3. Es personalísima; 4. Se ha sustituido el criterio del prudente arbitrio por una regulación detallada de la forma de su ejercicio, esto es, que no ofrece duda de su naturaleza *mortis causa*, revocable unilateralmente de forma expresa como tácita y no precisa de reciprocidad entre los progenitores para su concesión, ni siquiera debe ser bilateral. Su ejercicio es voluntario”²⁸.

2.3 Régimen Jurídico

2.3.1 Elementos personales

La delegación de la facultad de mejorar tiene que, darse entre personas casadas entre sí a las que, añade el artículo 831 el supuesto de personas entre las que existe una relación análoga a la conyugal o que simplemente tengan descendencia común; y, por otra, los beneficiarios de tal encargo que, tienen que ser hijos o descendientes comunes.

Refiriéndonos en primer lugar a la existencia de matrimonio no resulta necesario, como requisito para la concesión de la delegación la consumación del mismo, sino que tal exigencia es sustituida por el requisito de su validez y subsistencia al momento de la muerte del cónyuge otorgante²⁹. Lo que nos va a exigir plantear qué sucede en los casos de nulidad, separación o divorcio. En principio, de la redacción del artículo 831 no se deduce que, la facultad de delegación se pierda por cualesquiera de estas situaciones, además, cuando se alude a las causas de extinción de las facultades conferidas al cónyuge, se establece la posibilidad de dispensa por el testador. No obstante, tras la reforma

²⁸ RUEDA ESTEBAN L., *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil: auténtica fiducia sucesoria en derecho civil común, op. cit.*, p. 264.

²⁹ En esta línea señala RAGEL SÁNCHEZ L.F., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil, T. V*, director R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia 2013, p. 6176 que “no resulta necesario que, el matrimonio estuviera consumado para que el viudo pueda ser fiduciario, porque la legislación civil no supedita la existencia de un matrimonio a su consumación”.

por la Ley 25/2005, de 8 de julio en materia de separación y divorcio, hay que señalar que, tales situaciones de ruptura de la relación matrimonial suponen la pérdida de la cuota legal usufructuaria del artículo 834 del Código Civil y, asimismo, impiden el llamamiento a favor del viudo en la sucesión intestada (artículo 945 del Código Civil)³⁰. Pese a ello, con la redacción vigente del artículo 831 del Código Civil cabe sostener que, a pesar de tener lugar estas situaciones de ruptura, si quien concede la facultad sigue confiando en quien fue su cónyuge, pueda mantener subsistente tal facultad de delegación, esto es, será posible que un testador delegue a favor de su ex cónyuge o de su cónyuge separado la facultad del artículo 831, pues, además, no hemos de olvidar que, se aplica lo dispuesto en este precepto para el caso que, las personas con descendencia común no estén casadas entre sí. Al respecto señala LÓPEZ BELTRAN DE HEREDIA que “si pese a la separación judicial o de hecho el cónyuge concedente de la facultad sigue confiando en el otro, cosa que si bien puede suceder, la delegación será válida”, añade que “la demostración de la confianza puede ser expresa o tácita: expresa, si el testador en su testamento dice que, pese a la separación concede facultades a su todavía cónyuge; tácita, si concede facultades en su testamento al otro cónyuge después de la separación judicial o de hecho”³¹. En esta línea, DÍAZ GÓMEZ dispone al respecto que, en todo caso, podría defenderse la validez de la delegación realizada a favor del ex cónyuge o del cónyuge separado, puesto que, el fundamento de la institución puede pensarse que, es más que, la *afectio maritalis*, la confianza que, se deriva de que el comisario sea padre o madre de las personas llamadas a heredar³².

En este contexto, además de la dispensa antes apuntada respecto a las causas de extinción de la facultad, de darse las situaciones de crisis matrimonial –separación, nulidad o divorcio- y partiendo del hecho que, la concesión de la delegación puede tener lugar por vía testamentaria, si el testamento no se revoca,

³⁰ Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1ª, de 7 de noviembre de 2005 (JUR 2006/52726); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 3ª, de 19 de noviembre de 2007 (JUR 2008/30211).

³¹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA C., “El artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1124.

³² DÍEZ GÓMEZ A., “El nuevo artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 414-415. Igualmente, se expresa en tal sentido, RUEDA ESTEBAN L., *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil: auténtica fiducia sucesoria en derecho civil común*, *op. cit.*, pp. 327 y 339-340; RIVAS MARTÍNEZ J., “La delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, p. 1636 cuando afirma que “parece admisible defender y aceptar la validez de la delegación realizada a favor del ex cónyuge o del cónyuge separado, pues, puede mantenerse que, el fundamento de la institución más que la *afectio maritalis*, está en la *confianza* que se deriva del hecho o circunstancia que el comisario sea padre o madre de las personas llamadas a heredar”. Por su parte, CÁMARA LAPUENTE S., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 911 sin desconocer el poderoso argumento de la actual desconexión de la fiducia sucesoria respecto del vínculo matrimonial, señala que, “la seguridad jurídica impone un futuro pronunciamiento legislativo en uno u otro sentido, como ya existe en la mayoría de los Derechos civiles autonómicos”. Igualmente, RAGEL SÁNCHEZ L.F., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 6177 manifiesta al respecto que, “lo único que se precisa es que hubieran tenido descendencia común. Y como abarca los supuestos en los que esas dos personas nunca estuvieron casadas o nunca convivieron, con mayor razón tendrá que comprender los casos en que anteriormente fueron cónyuges o convivientes, aunque ya no formaran una pareja en el momento de fallecimiento del testador”.

puede suponer que, en cierta forma el testador quiere mantener subsistente tal facultad, pues, puede revocarla cuando lo desee. De no hacer uso de esta posibilidad, se puede interpretar que, se opta por su mantenimiento, pese a las situaciones de crisis descritas. Aunque de la literalidad del precepto puede algún autor entender que, la solución que mejor se ajusta al espíritu y letra de la ley, es aquella que determina que, la facultad de mejorar se pierde en los supuestos descritos –al entenderse que el Código Civil parece estar pensando para su ejercicio más en el sobreviviente que, conserve la condición de cónyuge³³; lo cierto es que, tras la reforma del precepto operada por la Ley 41/2003, ya no resulta precisa la subsistencia del vínculo matrimonial en el momento de la muerte del causante, desde que es posible su mantenimiento, aunque solo exista entre las partes un hijo o descendiente común y, sobre la base de la amplia libertad y el campo de maniobra que se concede al causante –con el ejercicio de la dispensa en los supuestos mencionados- parece que, va adquiriendo especial operatividad, junto al pleno protagonismo de la voluntad del testador, la confianza que subsiste como base sobre la que se define la naturaleza de este instituto. Ciertamente, en aras del principio de autonomía de la voluntad, el testador puede delegar en su testamento a su ex cónyuge o cónyuge separado la facultad de mejorar –la fiducia sucesoria-. Por lo que corresponde al testador mantener a la misma persona que, nombró como fiduciario, esto es, su cónyuge, si lo considera pertinente y lo más conveniente para la descendencia común, pese a que su matrimonio no continúe por nulidad, separación o divorcio³⁴.

Sobre tales bases, la facultad de mejorar, como hemos expuesto, alcanza también a la persona con quien el causante tuviera descendencia común, aunque entre ambos no medie vínculo matrimonial. Estamos ante supuestos de parejas o uniones de hecho o conviviente *more uxorio* con la posibilidad indicada que, se trate de una relación ocasional con la exigencia de descendencia común. Se aplica –si bien, solo a las parejas de hecho- lo visto en relación con la ruptura del vínculo matrimonial y, por ende, la posibilidad de pérdida de la facultad concedida, al supuesto de ruptura de la convivencia, cuando estamos precisamente ante una ruptura permanente y no meramente transitoria, y, en consecuencia, resulta, igualmente, trasladable a este supuesto la posibilidad de “dispensa” que, podría determinar la subsistencia de aquella facultad.

³³ SÁNCHEZ ROMÁN F., *Estudios de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 1216-1217.

³⁴ En similar sentido, MILLÁN SALAS FCO., “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia, número 3, julio-agosto 2006*, p. 413; GARCÍA RUBIO M^a.P., “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, pp. 87-88 pues, a su juicio “la posición contraria no resulta coherente con la posibilidad de que se reconozca la delegación a favor de cualquier padre o madre de la descendencia común, aunque delegante y delegado no se hallaran casados entre sí y aunque no hubiera existido ningún tipo de convivencia entre ambos”, pues, añade “de mantenerse la tesis que la nulidad, separación o divorcio extinguen el encargo entre cónyuges habrá de sustentarse, por subyacer idénticas razones, que el otorgado en su caso a la pareja de hecho devendrá ineficaz si concurre alguna de las causas de extinción de ese tipo de uniones, lo que nos remitirá, en su caso, a la legislación de parejas aplicable al caso, que no tiene por qué coincidir con la rectora de la sucesión”.

Ahora bien, el artículo 831 establece en su apartado primero que, “*podrá conferir facultades al cónyuge en testamento para que fallecido el testador*”, resultando necesario que, el concedente de la facultad premuera al cónyuge o pareja de hecho facultado y que el cónyuge o persona en quien se delegó la facultad de mejorar, no haya sido justamente desheredado por el cónyuge delegante.

No resulta preciso que, la facultad deba concederse recíprocamente por los cónyuges o pareja de hecho, aunque ello no impide que, cada uno en su propio testamento, bien con el mismo contenido o con otro diferente, procedan a su otorgamiento; en cuyo caso, la muerte de cualquiera de ellos, determina que, el superviviente sea el encargado de ejecutar la delegación conferida. Si solamente uno de ellos, es el que concedido la facultad al otro, será precisamente el concedente el que tenga que, morir primero, para que el otro pueda ejecutar el encargo.

Igualmente, para que resulte eficaz el ejercicio de la facultad delegada es necesario que, el cónyuge supérstite o la pareja de hecho “*no hayan contraído nuevas nupcias o mantengan relación de hecho análoga o tener algún hijo no común, salvo que el testador hubiera dispuesto otra cosa*” (número 5). La exigencia que el cónyuge viudo no contraiga nuevas nupcias, ya se establecía tanto en la redacción originaria del Código Civil, como tras la reforma por Ley 11/1981, de 13 de mayo. En todo caso, cabe plantearse que, sucede si el cónyuge supérstite ejercita la facultad de mejorar concedida en todo o en parte antes de contraer matrimonio, o tener una relación de hecho análoga o tener algún hijo no común, esto es, en estado de viudez, a lo que hay que responder que, tal ejercicio no se invalida aunque contraiga con posterioridad matrimonio o tengan lugar las otras situaciones descritas, ya que es un hecho posterior que, “no puede producir retroactivamente efectos invalidatorios”³⁵. En todo caso, el causante puede disponer el mantenimiento de la facultad otorgada³⁶. Asimismo, como segunda cuestión cabe plantearse qué sucede, si el segundo matrimonio no es válido, o tiene lugar un posterior divorcio o separación de hecho o legal, o tiene lugar la muerte del segundo cónyuge, o, en fin, la relación de hecho análoga a la conyugal se interrumpe o el hijo no común fallece ¿se mantiene la extinción de la facultad concedida o recobra su eficacia? La respuesta debe ser negativa, pues,

³⁵ RIVAS MARTÍNEZ J., “La delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, p. 1638; VALLET DE GOYTISOLO J., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 410; LÓPEZ BELTRAN DE HEREDIA C., “El artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 1125-1126; MILLÁN SALAS FCO., “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 411-412; RUEDA ESTEBAN L., *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil: auténtica fiducia sucesoria en derecho civil común*, *op. cit.*, pp. 357-358.

³⁶ GARCÍA RUBIO M^a.P., “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, pp. 89-90 para quien “incluso puede aparecer de forma tácita, o incluso presunta derivada de una correcta interpretación testamentaria”. No obstante, apunta RAGEL SÁNCHEZ L.F., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 6184 que la delegación deberá darse por revocada cuando esas circunstancia “no fueron conocidas por el testador o acontecieron después de su muerte, porque en tales casos el testador no tuvo oportunidad de llevar a cabo la revocación conferido a su cónyuge”.

en palabras de VALLET DE GOYTISOLO “no se trata de una cuestión puramente formal, sino de la existencia de circunstancias nuevas que implican la pérdida de la confianza requerida para el ejercicio de tan delicada función familiar”³⁷. Existe, pues, una pérdida de confianza necesaria para el ejercicio de la facultad concedida, y salvo que el concedente disponga otra cosa en el testamento, desde el momento en que las circunstancias descritas en el número 5 del artículo 831 tienen lugar, se extingue la facultad concedida³⁸.

Por otra parte, en cuanto a la capacidad del cónyuge superviviente, éste ha de tener plena capacidad de obrar y capacidad para suceder tanto en el momento de fallecer el causante como en el momento de ejercer la facultad. Por lo que respecta a la primera, será la exigida en cada acto en cuestión. No obstante, en caso de que el cónyuge viudo tenga la capacidad modificada judicialmente habrá que estar a la sentencia de incapacitación (artículo 210 del Código Civil); de forma que, ésta será la que determine qué actos puede o no realizar el incapacitado por sí solo, con o sin necesidad de representación; y, en lógica consecuencia, si puede o no ejercitar la facultad concedida. Como el ejercicio de esta facultad puede tener lugar tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*, si con carácter general se prohíbe disponer de sus bienes por actos *inter vivos*, se ha de entender que, la facultad de mejora concedida va a resultar alcanzada por tal prohibición.

Respecto a la capacidad para suceder, si el cónyuge viudo ha sido justamente desheredado o declarado indigno, máxime si las causas de desheredación e indignidad constituyen agravios hechos por el cónyuge superviviente al cónyuge otorgante, determina al respecto que, ha dejado de ser una persona digna de confianza y, por tanto, carecerá de la posibilidad de ejercicio de la facultad conferida³⁹. Ahora bien, la capacidad de obrar incluye la de suceder, sobre todo cuando el cónyuge ejercite la facultad de mejorar o distribuir por un acto *mortis causa*. Sin embargo, no parece operar en esta línea, RAGEL SÁNCHEZ pues, señala que “la desheredación y la indignidad tienen por efecto evitar que, el desheredado tenga derecho a la legítima y la exclusión de sus

³⁷ VALLET DE GOYTISOLO J., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 410. De la misma opinión, RUEDA ESTEBAN L., “La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 169.

³⁸ RUEDA ESTEBAN L., *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil: auténtica fiducia sucesoria en derecho civil común*, *op. cit.*, p. 358.

³⁹ RUEDA ESTEBAN L., “La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 171; del mismo autor, *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil: auténtica fiducia sucesoria en derecho civil común*, *op. cit.*, p. 406 que señala al respecto que “la categoría de indignidad está pensada para el caso de sucesores y no para los ejecutores de última voluntad, ni para los que tiene conferida la delegación de mejorar y distribuir del artículo 831 del Código Civil. pero por analogía, debe aplicarse y esto supondría en algún caso la ineficacia de la fiducia, o con más exactitud la imposibilidad de su ejercicio”; VALLET DE GOYTISOLO J., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 2056; también participa de la misma opinión CANO MARTÍNEZ DE VELASCO J.I., *La mejora*, Bosch, Barcelona 2003, pp. 82-83 que dispone que: “el cónyuge delegado pierde las facultades a él encomendadas por incapacidad o indignidad sucesorias, ya que no pudiendo en tal caso heredar al premuerto, carece enteramente de sentido que siga ostentando la relativa prolongación de su personalidad que subyace en todo poder representativo sucesorio”.

derechos sucesorios respectivamente, pero el viudo no tiene la condición de legitimario o de sucesor por el simple hecho de ser fiduciario”. Además precisa que, “la posibilidad de administrar bienes que serán objeto de la mejora o de realizar sobre ellos disposiciones o particiones no convierte al fiduciario en beneficiario de la herencia”⁴⁰.

En este contexto, si se diera el caso que, el cónyuge supérstite hereda la porción de uno de sus hijos, supone que, es posible hablar de incompatibilidad de intereses, al subrogarse el cónyuge en lugar del hijo. Para una parte de la doctrina, en este caso, no opera la concesión de la facultad de mejorar⁴¹; sin embargo, la tendencia mayoritaria se inclina por no mostrar obstáculo alguno para que mejore en sentido amplio a cualquiera de los otros hijos o descendientes comunes⁴², pues una vez fallecido aquel hijo o descendiente difícilmente, puede adquirir bienes producto del ejercicio de tales facultades, que recaerá en su totalidad en los restantes. Si bien, como matiza DIAZ FUENTES el cónyuge puede mejorar y distribuir la herencia entre los hijos comunes, pero se excluye su actuación respecto de otras personas y, por lo tanto, para sí mismo⁴³.

Por otra parte, para que resulte operativo el artículo 831 del Código Civil es necesario que, sobrevivan también al concedente varios hijos o descendientes comunes. Ahora bien, la expresión “hijos o descendientes” que emplea el citado precepto ha sufrido una importante evolución. Tras la reforma por Ley 41/2003 no solo se va a poder mejorar a los hijos, sino también a los descendientes comunes, con lo que se zanja con ello la polémica existente sobre los posibles beneficiarios de la delegación. No es preciso que, los descendientes comunes sean legitimarios. Bajo la expresión “hijos y descendientes comunes” se incluyen los hijos comunes, los nietos y demás descendientes comunes. Así se podrá mejorar a un nieto en vida de su progenitor o adjudicarle todo o en parte de la porción de libre disposición. Se utiliza la expresión plural “hijos o descendientes comunes”; de forma que, si existe solamente un hijo común, será preciso que, éste tenga descendencia o exista algún otro descendiente común, para que tenga la concurrencia necesaria al menos respecto al tercio de mejora⁴⁴. De no existir más que, un solo hijo o descendiente común no es posible ejercer la facultad. No

⁴⁰ RAGEL SÁNCHEZ L.F., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 6177-6178.

⁴¹ SECO CARO E., *Partición y mejoras encomendadas al cónyuge viudo (Estudio sobre el artículo 831 del Código Civil)*, *op. cit.*, pp. 120-121; MORELL y FERRY J., “Mejoras”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* 1893, p. 274.

⁴² RUEDA ESTEBAN L., “La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 171; VALLET DE GOYTISOLO J., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 411; ALPAÑES E., “La delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, p. 313.

⁴³ DIAZ FUENTES A., “Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa (II. Sobre el artículo 831 del Código Civil)”, *op. cit.*, pp. 893-894. En este línea, LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA C., “El artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1125.

⁴⁴ En esta línea, para RAGEL SÁNCHEZ L.F., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 6178 cabe la posibilidad de delegar cuando exista un único descendiente que sea legitimario “porque se puede establecer una sustitución fideicomisaria a favor de hijos nacedores de ese descendiente (artículo 781 del Código Civil), lo que constituirá un gravamen sobre la mejora, permitido por el artículo 824 del Código Civil”.

obstante, pese a este último supuesto, VALLET DE GOYTISOLO va más allá y plantea la posibilidad de ejercer la facultad a favor de descendientes nacedores por medio de la sustitución fideicomisaria, conforme al artículo 782 del Código Civil dentro de los límites fijados en los artículos 781 y 785 del Código Civil⁴⁵.

En todo caso, de lo que no cabe duda es que, se puede mejorar a los nietos o descendientes comunes, vivan o no sus descendientes intermedios⁴⁶. Ahora bien, conviene señalar que, tras las reformas operadas en el Código Civil por las Leyes de 13 de mayo de 1981 y de 11 de noviembre de 1987 no hay distinción por razón de la filiación y todos los hijos son iguales, sean matrimoniales, no matrimoniales o adoptivos, con tal que, sean comunes a ambos cónyuges, e indistintamente todos puedan ser mejorados (artículo 108 del Código Civil). Y, asimismo, pueden ser tanto hijos o descendientes concebidos y no nacidos – *nasciturus*- como, también el *concepturus*⁴⁷.

En este contexto, ALBALADEJO GARCÍA precisa que, tratándose de hijos puede resultar favorecidos por el delegado, aunque hayan incurrido en indignidad o desheredación⁴⁸. Lo que matiza acertadamente GARCÍA RUBIO pues “si el causante había hecho valer en testamento la causa de desheredación y en el mismo acto o en otro posterior encomienda la fiducia, salvando siempre que sea otra la voluntad del testador, el descendiente común ha de entenderse desheredado y nada podrá hacer en contrario el facultado”. Pero, si alguno de los descendientes comunes se halla incurrido en causa de indignidad “y el causante lo ha rehabilitado por cualquiera de las vías previstas en el artículo 757, pocas dudas caben sobre la posibilidad de que el facultado por el artículo 831 lo incluya en el círculo de favorecidos”⁴⁹.

Finalmente, señalar que, se precisa en este contexto, el delegante puede ser un discapacitado en el sentido del artículo 2.2 de la Ley 41/2003, como de un incapacitado, que, puede testar en intervalo lúcido (artículo 665 del Código Civil)⁵⁰.

⁴⁵ VALLET DE GOYTISOLO J., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 411.

⁴⁶ En esta línea, RIVAS MARTÍNEZ J.J., “La delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, p. 1639.

⁴⁷ GARCÍA RUBIO M^a.P., “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, p. 71; ÁLVAREZ MORENO M^a.T., *La mejora en favor de los nietos*, Edisofer, Madrid 2003, pp. 92-93; ALBALADEJO GARCÍA M., *La mejora*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid 2003, 93; RUEDA ESTEBAN L., *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil: auténtica fiducia sucesoria en derecho civil común*, *op. cit.*, p. 371.

⁴⁸ ALBALADEJO GARCÍA M., *La mejora*, *op. cit.*, p. 92.

⁴⁹ GARCÍA RUBIO M^a.P., “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, pp. 74-75. Por su parte, para CÁMARA LAPUENTE S., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 912 parece más fundando mantener que “el fiduciario no puede al amparo del artículo 831 ni revertir la desheredación expresa del testador ni rehabilitar al indigno; tampoco parece que pueda desheredar al hijo, si el causante no lo hizo en su testamento”.

⁵⁰ GARCÍA RUBIO M^a.P., “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, p. 71; RUEDA ESTEBAN L., *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil: auténtica fiducia sucesoria en derecho civil común*, *op. cit.*, p. 393.

2.3.2 Las facultades del cónyuge viudo. Contenido y extensión

Las diferentes reformas que ha experimentado la redacción del artículo 831 han ido ampliando el campo de actuación atribuido al cónyuge viudo, confiriéndole más facultades para el ejercicio de la delegación.

De forma que, el cónyuge viudo puede llevar a cabo los siguientes actos: 1. Mejorar incluso con cargo al tercio de libre disposición; 2. Adjudicar o atribuir bienes concreto por cualquier título o concepto sucesorio; 3. Partir⁵¹.

Al respecto el testador puede conceder al cónyuge todas las facultades o algunas de ellas; pero, en todo caso, tales facultades se ha de ejercer dentro de los límites previstos en el testamento y respetando sus disposiciones. En esta línea, no hay obstáculo para que se conceda tan solo la facultad de mejorar y no la de atribuir o adjudicar. Igualmente, cabe que se delegue exclusivamente la facultad de adjudicar o atribuir y no la de mejorar, porque las mejoras de cuota ya han sido previamente establecidas en el testamento por el causante –se trate de cuotas iguales o desiguales- aunque lo normas es que se concedan ambas facultades. De todas formas, en la redacción del artículo 831 se encuentra comprendida en la facultad de mejorar, tanto el tercio de mejora como el de libre disposición, siendo objeto de distribución igualitaria exclusivamente la legítima estricta⁵².

Ahora bien, la mejora puede adoptar varias formas: mejora con adjudicación de bienes concreto, ya sea mejora expresa o tácita; o mejora con adjudicación de cuota en tal concepto, que a su vez podrá ser “de cuota con o sin asignación de bienes concretos, o bien de cosa con o sin determinación de cuotas”⁵³. Incluye también la facultad de hacer promesas de mejorar y no mejorar⁵⁴. Y, alcanza al tercio de mejora como al de libre disposición. El cónyuge o pareja de hecho sobreviviente en el ejercicio de la facultad de mejorar, puede hacerlo en cosa determinada (artículo 829 del Código Civil), pudiendo consistir esa cosa determinada, precisamente, la empresa familiar. De manera que, en la aplicación de los artículos 829 y 831 del Código Civil, si el valor de la

⁵¹ RUEDA ESTEBAN L., *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil: auténtica fiducia sucesoria en derecho civil común*, op. cit., p. 452 señala al respecto que, las actuaciones que, puede realizar el fiduciario son las adjudicaciones, atribuciones y las particiones con sus adjudicaciones, y añade que haciendo una lectura más adaptada del diccionario de la Real Academia: “adjudicar es declarar que una cosa corresponde a una persona, o conferírsela en satisfacción de algún derecho, y atribuir es señalar o asignar algo a alguien como de su competencia” (p. 469).

⁵² RUEDA ESTEBAN L., “La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”, op. cit., p. 173.

⁵³ VALLET DE GOYTISOLO J., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, op. cit., p. 414; RUEDA ESTEBAN L., *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil: auténtica fiducia sucesoria en derecho civil común*, op. cit., p. 461; FLORENSA I TOMÁS C.E., “La facultad de mejorar concedida al cónyuge supérstite por el testador: el nuevo artículo 831 del Código Civil”, *Protección Jurídica y patrimonial de los discapacitados*, coordinador D. Bello Janeiro, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela 2005, p. 131 señala al respecto que, la realización de la mejora comporta un acto con un doble contenido: uno de naturaleza subjetiva escogiendo el descendiente o descendientes comunes favorecidos; y otro de naturaleza objetiva, fijando el *quantum* de la cuota sucesoria y, consecuentemente, señalando los bienes que debe integrar esa cuota.

⁵⁴ ALBALADEJO GARCÍA M., *La mejora*, op. cit., p. 266.

cosa determinada excediere de los tercios destinados a mejora y libre disposición, en la medida en que uno y otro tercio no están afectados por otras disposiciones del causante, y de la parte de la legítima correspondiente al mejorado, deberá éste, siempre que no existan en la herencia otros bienes suficientes, abonar la diferencia en dinero a los demás interesados.

En cuanto a las facultades de adjudicar o atribuir, se incluyen en dicho término no sólo la facultad de partir sino también la de atribución. Respecto a la partición de la herencia del cónyuge otorgante, tiene el cónyuge viudo mayores atribuciones que un simple contador-partidor, por lo que, al igual que el causante puede hacer uso del artículo 1056.2 del Código Civil adjudicando bienes a algún descendiente y ordenando compensaciones en metálico; asimismo no está sujeto a los requisitos del artículo 1057.3 del citado cuerpo legal, pues, las facultades del cónyuge viudo no se circunscriben a la simple facultad de hacer la partición, sino abarcan “la designación de porciones de los herederos legales”⁵⁵; ni tiene que guardar la posible igualdad entre los herederos en la compensación de lotes (artículo 1061 del Código Civil); y, en fin, la partición que realice no es rescindible por causa de lesión en la cuarta parte prevista en el artículo 1074, sino únicamente en las reguladas en el artículo 1075, referido a la partición hecha por el propio difunto, que sólo puede ser impugnada cuando perjudique las legítimas o cuando se presuma que fue otra la voluntad del testador⁵⁶.

Ahora bien, la facultad de atribuir o realizar adjudicaciones puede llevar ínsita la facultad de mejorar, si del testamento no se dedujese lo contrario, y puede suceder que, se quiera otorgar tan sólo la facultad de atribuir o adjudicar pero no la de mejorar, pues, como hemos señalado, las mejoras de cuota puede haberlas determinado ya el causante en su testamento, limitándose el cónyuge supérstite a partir los bienes según haya dispuesto el causante. O puede que, delegue la facultad de mejorar. En todo caso, partiendo que la auténtica *ratio legis* del artículo 831 es la de mejorar, su utilidad solo tiene sentido si ambas facultades concurren, pues, salvo que la atribución signifique la concreción de cuotas de mejora ya establecidas, por lo general la atribución será una de las operaciones básicas para la realización de la mejora⁵⁷. De ahí que, el legislador pretenda que, la operatividad de las mismas por parte del cónyuge supérstite tenga lugar de forma conjunta, dotando de especial protagonismo a la mejora.

Por otra parte, se ha de observar que, la concesión de la facultad de atribuir o adjudicar no viene acompañada de la exigencia que, el cónyuge o persona delegada a la hora de practicar la partición o asignación, actúe según su “prudente arbitrio”, aunque en la práctica el resultado va a ser similar, pues, pese a que no halla tal exigencia expresa, ello no impide que, la atribución se lleve a cabo con moderación, prudencia y equidad⁵⁸.

⁵⁵ VALLET DE GOYTISOLO J., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 415.

⁵⁶ RUEDA ESTEBAN L., *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil: auténtica fiducia sucesoria en derecho civil común*, *op. cit.*, p. 466.

⁵⁷ ROVIRA SUEIRO M.E., *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, Editorial Ramón Areces, Madrid, 2005, p. 78.

⁵⁸ Para GARCÍA RUBIO M.P., La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, p. 95 carece hoy de interés para la comprensión del precepto;

Ahora bien, si el delegante puede llevar a cabo la partición de la herencia del delegante, parece acertado como señala GARCÍA RUBIO que “pueda también limitarse a designar las cuotas en las que habrán de suceder los descendientes comunes y designar un contador-partidor que, lleve a cabo la verdadera partición, siempre, por supuesto que, no exista voluntad contraria del autor de la delegación”, y añade como otras posibles facultades que, el comisionado en virtud del artículo 831 pueda atribuir la empresa familiar según lo previsto en el artículo 1056.2 del Código Civil⁵⁹. Asimismo, como precisa RAGEL SÁNCHEZ estas facultades particionales “no convierten al viudo en propietario de los bienes o titular de derechos reales sobre ellos diferentes del usufructo legal que, le conceden los artículos 834 y siguientes del Código Civil, salvo que haya sido nombrado usufructuario universal en los términos del artículo 820.3 del Código Civil”⁶⁰. En todo caso, concediéndose al viudo la posibilidad de satisfacer con sus bienes privativos las legítimas y las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes para el citado autor supone que “el cónyuge viudo puede adjudicarse bienes hereditario al realizar la partición de la herencia del causante o beneficiar con ese valor a uno o varios de los descendientes comunes mejorados”⁶¹.

En este contexto, antes de la reforma de 2003, la liquidación de la sociedad conyugal debía efectuarse entre el cónyuge sobreviviente y los herederos del causante y, si éstos o alguno de ellos fueran menores de edad, se les debía nombrar un defensor judicial y la formulación de inventario con citación de acreedores. La nueva redacción expresada en los siguientes términos “...y, en general adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, incluidas las que tengan por objeto bienes de la sociedad conyugal disuelta que esté sin liquidar” viene a conceder al cónyuge viudo la facultad de atribuir bienes de la sociedad conyugal disuelta pero no liquidada, lo que está posibilitando en cierta forma a aquél la posibilidad de liquidar unilateralmente la sociedad conyugal disuelta⁶². De ahí que, las adjudicaciones o atribuciones a favor de los descendientes comunes las debe hacer el cónyuge viudo en su propio testamento en el que distribuirá conjuntamente con su propio caudal los bienes del premuerto. Asimismo, sobre la base de lo dispuesto en el párrafo 3º del apartado 3º que establece al respecto que “se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten

RUEDA ESTEBAN L., *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil: auténtica fiducia sucesoria en derecho civil común*, op. cit., p. 467.

⁵⁹ GARCÍA RUBIO M.ª P., La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”, op. cit., pp. 95-96. En la misma línea, de posibilitar que el fiduciario pueda atribuir la empresa familiar empleando el cauce del artículo 1056.2 del Código Civil, se pronuncia CÁMARA LAPUENTE S., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, op. cit., p. 915 “por concordar con los fines tradicionales de esta fiducia sucesoria y con la facultad del delegado de satisfacer las legítimas con cualesquiera bienes, incluidos los propios del fiduciario e incluido el metálico”.

⁶⁰ RAGEL SÁNCHEZ L.F., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, op. cit., p. 6180.

⁶¹ RAGEL SÁNCHEZ L.F., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, op. cit., p. 6181.

⁶² RUEDA ESTEBAN L., “La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”, op. cit., p. 177.

suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades”, se completa aquella facultad liquidatoria con la posibilidad que el cónyuge viudo pague las disposiciones del causante y las legítimas con adjudicaciones de sus propios bienes, que puede ser o no los que le resulten adjudicados en esa liquidación de la sociedad conyugal. Tal planteamiento resulta, para algunos, excesivo, pues, se daría la circunstancia que en el cónyuge viudo confluyeran las condiciones de contador-partidor, miembro de la sociedad conyugal (extinta y no liquidada) y representante de la herencia yacente en su condición de administrador⁶³. Quizá como manifiesta ROMERO-GIRÓN DELEITO sería más prudente que “en el caso que el cónyuge fiduciario desee efectuar la liquidación, que es una opción entregada a su arbitrio, se tomen las medidas pertinentes para evitar el riesgo de impugnación por colisión de intereses, ya sea imponiendo la intervención de los herederos, ya sea designado contador-partidor ad hoc por plazo indefinido o exigiendo tasación pericial, salvo el caso que la liquidación se efectúe adjudicando todos los bienes en proindiviso”⁶⁴; o, como señala RIVAS MARTÍNEZ como solución más ajustada es mantener que, “el artículo 831 no ampara ni otorga al sobreviviente la facultad de poder liquidar la sociedad de gananciales, pues es la misma letra del precepto la que sólo autoriza al delegado para atribuir bienes de la sociedad disuelta pero no liquidada; es decir, la norma admite que, sólo puede llegar hasta ahí, pero se niega que, pueda actuar más allá de este tope o limitación”⁶⁵. Ciertamente, ahora se permite que, las adjudicaciones o atribuciones lo sean con bienes pertenecientes a la sociedad conyugal disuelta por la muerte del testador, pero aun no liquidada. Por lo que, parece que, se parte en el artículo 831 del hecho que, todavía no se ha liquidado la sociedad conyugal. Por otra parte, las normas generales de la partición y liquidación de la sociedad conyugal determinan la intervención del cónyuge viudo y de los hijos comunes y no comunes del causante. De forma que, una forma de conciliar ambas realidades jurídicas, haría preciso que, la liquidación tuviera lugar con la intervención de todos los sujetos implicados.

2.3.3 Elementos formales. Ejecución de la delegación de la facultad de mejorar

El artículo 831.1 establece que las mejoras incluso con cargo al tercio de libre disposición, las adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos puede llevarlas a cabo el cónyuge viudo “*por cualquier título o concepto sucesorio o particiones*”, y añade en su párrafo 2 que “*estas mejoras, adjudicaciones o atribuciones podrán realizarse por el cónyuge en uno o varios actos,*

⁶³ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA C., “El artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1135.

⁶⁴ ROMERO-GIRÓN DELEITO J., “El nuevo artículo 831 del Código Civil. La fiducia sucesoria. Una aplicación práctica”, *Revista Jurídica del Notariado, número 57, enero-marzo 2006*, p. 225.

⁶⁵ RIVAS MARTÍNEZ J.J., “La delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, p. 1649. En esta línea, CÁMARA LAPUENTE S., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 914-915 pues “supondría una autocontratación indebida en la que podrían quedar vulnerados derechos ajenos”; y añade que, para evitar problemas a este respecto “puede ser prudente que, el testador nombre un contador-partidor que liquide la sociedad conyugal con el cónyuge superviviente”.

simultáneos o sucesivos”. Con esta nueva regulación, se admite todo tipo de posibilidades. De forma que, la facultad conferida puede ejercitarla el cónyuge viudo por acto *mortis causa* en su propio testamento, o por actos *inter vivos*, en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos con atribución de bienes concretos o de cuotas con asignación de cosa o incluso de cosas con delimitación de cuotas⁶⁶. Al respecto sostiene ALBALADEJO que, si la facultad la ejercita el cónyuge viudo en su testamento puede revocarla y si la ejercita por actos *inter vivos* es irrevocable la mejora en los casos en que habría sino irrevocable de haberla hecho el causante, y en los demás, para los que si la hizo revocable el causante, será revocable⁶⁷. En todo caso, de optarse por ejercitar la facultad por actos *inter vivos* y las disposiciones del cónyuge viudo tengan por objeto bienes específicos y determinados, el último párrafo del apartado 1 del artículo 831 señala como efecto esencial que, se deriva de tal disposición que “*además de conferir la propiedad al hijo o descendiente favorecido, le conferirán también la posesión por el hecho de su aceptación, salvo que en ellas se establezca otra cosa*”. Una suerte de posesión civilísima (artículo 440 del Código Civil)⁶⁸. Tiene, pues, el cónyuge viudo plena libertad para realizar las atribuciones en cualquiera de las formas indicadas y de llevar a cabo un ejercicio total o parcial de la fiducia. Como, asimismo, tiene libertad para no ejecutar la misma, pues, no está obligado a realizar el encargo. Si bien, una vez que, haga efectiva la elección y, en consecuencia, decida ejercitar la facultad concedida, los efectos de la misma, se retrotraerán a la fecha de fallecimiento del causante (artículos 657, 661 y 758.1 del Código Civil). Ahora bien, en palabras de VALLET DE GOYTISOLO “las mejoras realizadas por el cónyuge comisionado en cualquiera de las formas, no son, ni pueden ser donaciones, puesto que éste actúa mejorando con bienes relictos por el difunto, que integra la herencia de éste. Pero el hecho de que, incorrectamente se diga que dona, no debe afectar a la sustancia del acto que, valdrá conforme a su propia naturaleza”⁶⁹.

En esencia, puede realizar un ejercicio total de la fiducia, ejecutarla parcialmente o no ejecutarla. Si se ejecuta de forma parcial, la parte de la herencia que no se ha ejecutado, se deferirá por las disposiciones previstas establecidas para tal caso por el testador, y en sus efectos, por las reglas de la sucesión intestada. En todo caso, de ejecutarla en tiempos distintos, esto es, en uno o varios actos, el hecho de hacer una ejecución parcial no impide completarla con otra posterior; ni tampoco el haber otorgado un testamento en el

⁶⁶ RUEDA ESTEBAN L., “La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 185-186. Al establecer la norma “por cualquier título” entiende RAGEL SÁNCHEZ L.F., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 6186 que “no existe obstáculos que impidan que utilice la donación para hacer entrega de los bienes objeto de mejora concedida por el viudo al hacer uso de la facultad conferida por el causante”; y, en consecuencia “podrá donar bienes propios para satisfacer la mejora que el mismo ha dispuesto a favor de esos hijos o descendientes comunes”.

⁶⁷ ALBALADEJO GARCÍA M., “El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona”, *Revista de Derecho Privado, enero-febrero 2005*, p. 18.

⁶⁸ En esta línea, RAGEL SÁNCHEZ L.F., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 6189.

⁶⁹ VALLET DE GOYTISOLO J., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 423.

que se ejecuta –total o parcialmente la fiducia- le impide después otorgar otro, revocando o completando el anterior testamento⁷⁰.

2.3.4 Formas de ordenar la facultad conferida o delegada

Con la reforma de 2003 se establece una única forma de ordenación: el testamento, se suprime la posibilidad de pactar la delegación de la facultad de mejorar en capitulaciones matrimoniales. No obstante, tal forma de proceder del legislador no está exenta de crítica. Así manifiesta RIVAS MARTÍNEZ que, es de lamentar la supresión de las capitulaciones matrimoniales como instrumento público que pueda contener estas disposiciones “pues a través de ellas se podría llegar (y de hecho en la práctica así se hacía) a resultados idénticos, cuando no mejores, que los que se pueden obtener a través de testamento”⁷¹. En esta línea, GARCÍA RUBIO señala que, no deja de causar cierta sorpresa la decisión de eliminar el carácter paccionado y ello por varias razones “la primera, porque en aquellas zonas donde el artículo 831 se ha utilizado históricamente con alguna intensidad, el vehículo de la delegación ha sido, precisamente, el capitular. La segunda, porque se da una cierta contradicción entre el espíritu de la ampliación de sus posibilidades que anima la nueva regulación de la delegación de la facultad de mejorar, y la supresión de una de las dos formas de delegación, tanto más cuanto con el instrumento ahora vedado se podían alcanzar resultados similares a los obtenidos con el testamento. La tercera, porque en los tiempos actuales la literatura jurídica referida al Derecho de Sucesiones del Código Civil se muestra cada vez más proclive a introducir una mayor permisividad en la aceptación de los pactos sucesorios”; por lo que, como precisa, ahora la comisión “se configura como un acto claramente unilateral y esencialmente revocable”⁷². Y, asimismo, precisa esta autora que, resulta necesaria “la aceptación por parte del facultado, si bien no ha de revestir forma solemne alguna”. De hecho añade que “muchas veces su voluntad de aceptar la comisión será meramente tácita, derivada precisamente del hecho concluyente de cumplir el encargo”⁷³.

De todas maneras, la facultad delegada puede ejercitarse por el delegado tanto en testamento –en cualquiera de sus formas-⁷⁴, siendo la decisión

⁷⁰ RIVAS MARTÍNEZ J.J., “La delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, p. 1643.

⁷¹ RIVAS MARTÍNEZ J.J., *Derecho de sucesiones común y foral, T, II, vol. 1º*, 3ª ed., Dykinson, Madrid 2004, p. 492; del mismo autor, RIVAS MARTÍNEZ J.J., “La delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, p. 1639 que añade que “parece que esta solución se debe a una clara intención del legislador de desterrar toda idea de pacto en torno a las instituciones sucesorias (artículo 1271 del Código Civil)”. También critica esta forma de proceder, RODRÍGUEZ-YNIESTO VALCARCE A., “La reforma del artículo 831 del Código Civil por la Ley 41/2003: la delegación de la facultad de mejorar”, *Revista Jurídica del Notariado, julio-septiembre 2005*, pp. 190-191 pues, la delegación en capitulaciones matrimoniales responde “mejor al espíritu de la figura, que es la concordia de voluntades dentro de la pareja para buscar el bien común de los hijos, incluso después de la muerte de uno de sus miembros”.

⁷² GARCÍA RUBIO Mª.P., “La reformulación por Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, pp. 69-70.

⁷³ GARCÍA RUBIO Mª.P., “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, p. 78.

⁷⁴ RUEDA ESTEBAN L., “La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 187; del mismo autor, *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil*:

revocable, como por actos *inter vivos* que, no pueden considerarse una donación, al atribuirse bienes del difunto a título sucesorio⁷⁵.

2.4 Límites de la delegación de la facultad de mejorar

Los límites sobre los que descansa la delegación de la facultad de mejorar residen, por un lado, en las personas que pueden ser beneficiarias que, como indicamos en líneas precedentes, son tanto los hijos como los descendientes y aunque el artículo 831 del Código Civil no lo menciona expresamente, puede ser mejorado un *nasciturus*, ya que el hecho de señalar el citado precepto un plazo supletorio –si el testador no ha dispuesto que puede abarcar toda la vida del cónyuge supérstite- ofrece al cónyuge viudo la posibilidad de ser mejorado en los mismos términos que, lo fuese un heredero fideicomisario, un nieto/a nacido con posterioridad al fallecimiento de su abuelo/a⁷⁶. Y, por otro, se refiere a los legitimarios que, no pueden ser perjudicados por el cónyuge viudo, cuando ejercita la facultad delegada, pues, éste debe respetar, tanto las legítimas, las mejoras y demás disposiciones del causante a favor de los descendientes comunes, como las legítimas y demás disposiciones del causante a favor de descendientes no comunes e incluso de extraños (el caso de legados hechos por el causante a favor de extraños en el mismo testamento en que se otorga la facultad del artículo 831).

Sobre tales bases, respecto a las legítimas, mejoras y demás disposiciones del causante a favor de los descendientes comunes, el párrafo 1º del apartado 3 del artículo 831 dispone que “*el cónyuge, al ejercitar las facultades encomendadas, deberá respetar las legítimas estrictas de los descendientes comunes y las mejoras y demás disposiciones del causante a favor de éstos*”. Resulta lógica esta limitación, pues, la legítima es la porción de bienes que, el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados forzosos (artículo 806 del Código Civil). En todo caso, tal respeto a las legítimas –legítima corta- no sólo corresponde al cónyuge supérstite en el ejercicio de su facultad de delegación, sino también al propio causante en base al principio de intangibilidad de la legítima⁷⁷. En consecuencia, se impide al delegado que, pueda por sí solo atribuir bienes propios para satisfacer la cuota del heredero forzoso sin su consentimiento, con excepción de la posibilidad de pago en metálico; y, además los legitimarios, una vez abierta la sucesión, podrán exigir lo que por legítima les corresponda. Una vez satisfecha ésta, el cónyuge supérstite podrá realizar las atribuciones, adjudicaciones y mejoras que, estime conveniente a favor de los hijos o descendientes comunes⁷⁸. Ahora bien, además

auténtica fiducia sucesoria en derecho civil común, *op. cit.*, pp. 303-304 considera solo adecuados los testamentos en forma notarial.

⁷⁵ GARCÍA RUBIO M^a.P., “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, p. 82.

⁷⁶ RUEDA ESTEBAN L., “La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 181-182.

⁷⁷ ALBALADEJO GARCÍA M., “El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona”, *op. cit.*, p. 14.

⁷⁸ RIVAS MARTÍNEZ J.J., “La delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, p. 1645.

de la legítima, en el ejercicio de la facultad de delegación, el cónyuge supérstite tiene que respetar las mejoras que, en la redacción dada al artículo 831 por la reforma de 1981 como por la de 2003, alcanza tanto a las mejoras hechas por el causante, sea por actos *inter vivos*, o por actos de última voluntad –testamento-. La facultad de mejorar en el respeto de tales mejoras sólo puede alcanzar hasta completar lo que reste del tercio de mejora y del tercio de libre disposición. E, igualmente, el cónyuge viudo ha de respetar las demás disposiciones del causante, entendiéndose por tales cualquier disposición del causante *inter vivos* o *mortis causa*, sea dispositiva a título de herencia, legado, fideicomiso, mejora, sustitución fideicomisaria atributiva o valorativa; como los límites nacidos de los pactos sucesorios (artículo 1331 del Código Civil), de promesas de mejorar o de no mejorar (artículo 826 del Código Civil), y las donaciones *inter vivos* realizadas por el difunto con dispensa de colacionar (artículo 1036 del Código Civil). Incluso, puede conceder al cónyuge o pareja de hecho sobreviviente algún derecho en la sucesión (así el usufructo universal –cautela socini-) ⁷⁹. De no respetarse en el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge viudo los límites descritos –más en concreto, la legítima estricta- el artículo 831 párrafo 2 del Código Civil señala que “...el perjudicado podrá pedir que se rescindan los actos del cónyuge en cuanto sea necesario para dar satisfacción al interés lesionado”. Ha de aplicarse el régimen de la rescisión de la partición de la herencia contenido en los artículos 1073 y siguientes del Código Civil ⁸⁰. La sanción de la rescisión para algunos es más acertada que, la nulidad del acto ⁸¹; para otros hubiera sido preferible otorgar la acción de nulidad ⁸². Finalmente, el

⁷⁹ RIVAS MARTÍNEZ J.J., “La delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, p. 1645 precisa al respecto que “no distingue el Código a qué tipos de mejoras y demás disposiciones se refiere, por lo que, en principio, no establece límite alguno y puede, por tanto, referirse tanto a las mejoras por actos *inter vivos* como *mortis causa*, e, igualmente, deja patente que cualquier atribución del testador, sea dispositiva a título de herencia, legado, fideicomiso o mejora, sustitución fideicomisaria o bins sea atributiva o valorativa, limita las facultades del supérstite. También es claro que, las facultades del sobreviviente quedan sujetas a los límites que tenía el premuerto dimanantes de pactos sucesorios (artículo 1331), de promesas de mejorar o no mejorar (artículo 826) y del carácter no colacionable establecido en las donaciones *inter vivos*”.

⁸⁰ GARCÍA RUBIO M^a.P., “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, p. 100 precisa que, en concreto, el fiduciario puede utilizar la opción prevista en el artículo 1077 del Código Civil, entre indemnizar el daño o consentir que, se proceda a una nueva partición. Y añade que, tampoco impide la redacción del artículo 831 que, si lo consideran oportuno, los legitimarios agraviados por el favorecido utilicen la acción de complemento de legítima en los términos previstos en el artículo 815; RUEDA ESTEBAN L., *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil: auténtica fiducia sucesoria en derecho civil común*, *op. cit.*, p. 523 precisa que, esta acción de rescisión durará cuatro años, contados desde que el cónyuge realizó las atribuciones inoficiosas (artículo 1076 del Código Civil). Sin embargo, para RAGEL SÁNCHEZ L.F., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 6187-6188 al tratarse de una acción de rescisión dirigida a impugnar la actuación del fiduciario, es “diferente de las acciones de suplemento de legítima y de rescisión de la partición”.

⁸¹ FLORENSA I TOMÁS C.E., “La facultad de mejorar concedida al cónyuge supérstite por el testador: el nuevo artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 136; LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA C., “El artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1143.

⁸² RODRÍGUEZ-YNYESO VALCARCE A., “La reforma del artículo 831 del Código Civil por la Ley 41/2003: la delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, pp. 200-201.

número 3 del artículo 831 incluye en su último párrafo la forma de pago de las legítimas de los hijos comunes. Así dispone dicho párrafo que “*se entenderán respetadas las disposiciones del causante a favor de los hijos o descendientes comunes y las legítimas cuando unas u otras resulten suficientemente satisfechas aunque en todo o en parte lo hayan sido con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejerce las facultades*”. Esta forma de pago con bienes del delegado se suma a la posibilidad prevista en el párrafo primero del artículo 831.1 que se atribuyan bienes de la sociedad conyugal. Lo que, supone una excepción a la naturaleza de la legítima como *pars bonorum*⁸³.

Ahora bien, cabe plantearse si mientras esté vigente el lazo legal o voluntario para ejercitar la delegación, el fiduciario puede aplazar el pago de la legítima estricta a los descendientes comunes. La posición mayoritaria en la doctrina se inclina por considerar que, no se puede perjudicar las legítimas estrictas; a la par que se aconseja mantener una interpretación restrictiva al no haberse establecido en el párrafo tercero del artículo 831 una excepción al momento de su percepción, como so se hace con relación al modo de pago –con bienes extrahereditarios–, por lo que los legitimarios pueden solicitar la legítima sin esperar ningún plazo⁸⁴.

En cuanto a las legítimas y disposiciones del causante a favor de los descendientes no comunes, el párrafo 1º del número 4 del artículo 831 señala que “*la concesión al cónyuge de las facultades expresadas no alterará el régimen de las legítimas ni de las disposiciones del causante, cuando el favorecido por unas u otras no sea descendiente común*”. Sobre la base de tal contenido, el cónyuge viudo debe, igualmente, respetar en el ejercicio de las facultades encomendadas las legítimas de los hijos o descendiente no comunes, esto es, solo del causante – legítima corta-. Ahora bien, el precepto hace referencia a cualquier disposición, por lo que, no sólo se deberán respetar las legítimas, sino también las mejoras que, el causante hubiera hecho a favor de aquellos y, en general, cuantas disposiciones hubiera determinado el causante a su favor, bien se trate de donaciones o legados, que, en todo caso, se imputarán al tercio de libre disposición⁸⁵. En todo caso, a falta de atribuciones del causante, los tercios de legítima estricta y de mejora habrán de distribuirse igualmente entre los

⁸³ En esta línea, RIVAS MARTÍNEZ J.J., “La delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, pp. 1646-1647, transmutándola en una *pars valoris* o derecho de crédito, correspondiendo al sobreviviente la determinación de si será satisfecha con bienes de la herencia o con bienes propios suyos, entre los que puede estar el metálico; GARCÍA RUBIO Mª.P., La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, p. 99; CÁMARA LAPUENTE S., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 917.

⁸⁴ RODRÍGUEZ-YNYESO VALCARCE A., “La reforma del artículo 831 del Código Civil por la Ley 41/2003: la delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, p. 183; ALBALADEJO GARCÍA M., “El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona”, *op. cit.*, p. 20; GARCÍA RUBIO Mª.P., La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, p. 108; CÁMARA LAPUENTE S., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 917-918; RAGEL SÁNCHEZ L.F., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 6188.

⁸⁵ En esta línea, MILLÁN SALAS FCO., “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 423.

descendientes comunes y no comunes; y, el delegado podrá mejorar a todos o algunos de los descendientes comunes con cargo al tercio de libre disposición y de mejora que les corresponda, pero no con la de los no comunes⁸⁶. De todas formas, señala el segundo inciso del número 4 que “*el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido tendrá poderes, en cuanto a los bienes afectos a esas facultades, para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución o de adjudicación relativos a tales legítimas o disposiciones*”. Con ello, sin necesidad que, el cónyuge viudo renuncie a la cuota legal de usufructuario, y salvo que se deduzca otra cosa de la voluntad del causante, se viene a investir a aquél como auténtico contador-partidor para lo que no abarque la facultad del artículo 831; resultando, además acorde tal planteamiento con la adjudicación contemplada en el artículo 1056 del Código Civil⁸⁷. En todo caso, de no respetar el cónyuge supérstite la legítima de los descendientes no comunes, éstos tendrán la acción de suplemento de la legítima. Por otra parte, si de lo que se trata es de un supuesto de preterición errónea de quien no es descendiente común, el párrafo 2 del apartado 4 del artículo 831 establece que “*cuando algún descendiente que no sea del cónyuge supérstite hubiera sufrido preterición no intencional en la herencia del premuerto, el ejercicio de las facultades encomendadas al cónyuge no podrá menoscabar la parte del preterido*”. En este supuesto, en lugar de anular la institución de heredero, como dispone el artículo 814.1 del Código Civil, se reduce simplemente la institución de heredero hasta que se paguen las legítimas, esto es, los derechos legitimarios⁸⁸.

Ahora bien, de perjudicar el cónyuge viudo los posibles derechos de sus propios descendientes no comunes a causa de las disposiciones de sus propios bienes realizadas en el ejercicio de la opción que, le ofrece el último párrafo del número 3 “*...con bienes pertenecientes sólo al cónyuge que ejercite las facultades*”, aquéllos podrán impugnar tales atribuciones por la vía de la inoficiosidad.

2.5 Plazo para el ejercicio de la delegación de la facultad de mejorar y la situación de la herencia hasta su cumplimiento

En la redacción originaria del artículo 831 del Código Civil nada se decía sobre el plazo que, disponía el cónyuge supérstite para ejercer la delegación de la facultad de mejorar. Ante la falta de una referencia expresa, la doctrina entendía

⁸⁶ GARCÍA RUBIO M^a.P., “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, p. 101.

⁸⁷ RUEDA ESTEBAN L., “La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 184.

⁸⁸ RUEDA ESTEBAN L., “La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 185; del mismo autor, *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil: auténtica fiducia sucesoria en derecho civil común*, *op. cit.*, pp. 547-548 precisa que “se apoya esta interpretación en que el fiduciario pudo conocer, al menos antes de la ejecución de la fiducia, la existencia del legitimario que en vida desconoció el testador, y por lo tanto, a tenor del texto literal del 831.4 del Código Civil (“...no menoscabar los derechos del preterido...”) bastará con que compense ese error”; RIVAS MARTÍNEZ J.J., “La delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, p. 1648; GARCÍA RUBIO M^a.P., “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, p. 104.

que, se le debía aplicar la regulación asignada al contador-partidor que, es la establecida para el ejercicio del cargo de albacea. Con la reforma operada por Ley 11/1981 se adiciona un nuevo párrafo al citado artículo en el que se disponía que “*si no hubiese señalado plazo, el viudo o viuda tendrá el de un año, contado desde la apertura de la sucesión, o, en si caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes*”. Con la última reforma por Ley 41/2003 se modifica de nuevo la redacción del párrafo 2 del número 1 del artículo 831 quedando el contenido del mismo de la siguiente forma: “*si no se le hubiere conferido la facultad de hacerlo en si propio testamento o no se le hubiere señalado plazo, tendrá el de dos años contados desde la apertura de la sucesión, o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes*”. La voluntad del causante prima en la fijación del plazo, lo que responde a la finalidad que, se persigue con esta institución. Así, por una parte, se posibilita la protección del discapacitado como posible beneficiario de la mejora al dotar al cónyuge supérstite de más tiempo para apreciar las necesidades de aquél; y, por otra, también se permite que la decisión de la transmisión íntegra de la empresa familiar esté lo suficientemente meditada, al contar el cónyuge sobreviviente, igualmente, con más tiempo para apreciar precisamente las cualidades, aptitudes o experiencia profesional del que será el adjudicatario de la misma. Se trata de un plazo de caducidad, transcurrido el cual ya no puede ejercitarse las facultades otorgadas válidamente. No obstante, este plazo de dos años se ha considerado que, puede resultar insuficiente⁸⁹.

Sobre tales bases, el causante puede establecer en el testamento un plazo corto o amplio. Este plazo será forzoso para los herederos y voluntario para el cónyuge supérstite, pues, puede agotarlo o no a su voluntad. Por otra parte, de haber conferido la facultad al cónyuge supérstite para que la ejerza en su propio testamento, el plazo será vitalicio, por toda la vida de éste. Será válido el último testamento que, hubiera otorgado. Igualmente, el plazo será vitalicio, si el causante hubiera nombrado a su cónyuge como usufructuario universal (artículo 820.3 del Código Civil). En fin, si el causante no ha conferido la facultad al cónyuge sobreviviente para que la ejerza en su propio testamento o no ha señalado el aquel plazo para ejercerla en su testamento, el plazo será de dos años desde la apertura de la sucesión o, en su caso, desde la emancipación del último de los hijos comunes, sin incluir en esta expresión a los descendientes ulteriores

⁸⁹ RIVAS MARTÍNEZ J.J., “La delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, p. 1644 al respecto señala el autor que “si, por ejemplo, se promueve litigio sobre el último testamento y una vez anulado éste entra en vigor el testamento anterior que nombra fiduciario al cónyuge, acaso la delación efectiva del cargo sea posterior al momento del vencimiento del término”, pues, en estos casos “parece lo más lógico que, el inicio del cómputo de los dos años se fije en el momento en que adquiriera firmeza la sentencia que resuelve el litigio sobre el testamento, pues en caso contrario puede suceder que, caduque la facultad antes de esa firmeza, y por lo tanto, se extinga sin haberla podido utilizar”. Por su parte, SEDA HERMOSÍN M.A., “Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”, *Anales de la Academia Sevillana del Notariado, T. XV*, Comares, Granada, 2006, pp. 227-228 estima que, hubiera sido más adecuado un plazo un poco más largo, de tres a cinco años; FLORENSA I TOMÁS C.E., “La facultad de mejorar concedida al cónyuge supérstite por el testador: el nuevo artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 137.

(nietos)⁹⁰. Ahora bien, conviene precisar que, el citado precepto se refiere a la emancipación del último de los hijos comunes, no de los descendientes comunes de ulterior grado, pues, resultaría excesivo prolongar el plazo hasta la emancipación de un nieto, por ejemplo⁹¹.

Queda sin resolver la cuestión relativa a que el último de los hijos comunes esté incapacitado, o por las circunstancias en que se encuentran, no resulta posible su emancipación⁹². Varias son las propuestas de la doctrina o bien prescindir del menor incapacitado y se atiende al último hijo susceptible de emancipación, o se acuerda otro momento, en concreto, la apertura de la sucesión⁹³; o entender que, la emancipación a la que se refiere la norma es la de la mayoría de edad, y una vez cumplida, aunque no conlleve la extinción de la patria potestad por previa incapacitación del hijo común, determine aquella el comienzo del *dies a quo*⁹⁴.

En este contexto, durante el periodo de tiempo que, transcurre entre el fallecimiento del causante y el cumplimiento efectivo del encargo por parte del cónyuge superviviente o pareja de hecho superviviente, la herencia se encuentra yacente y según establece el artículo 831.2 del Código Civil “*corresponderá al cónyuge superviviente la administración de los bienes sobre los que pendan las facultades a que se refiere el párrafo anterior*”. De forma que, durante el periodo de “yacencia hereditaria” –que coincide con todo el plazo fijado para el ejercicio de la facultad delegada– se sabe quiénes son los sucesores, pero no la porción en que lo será cada uno, ni el título por el que sucederán, resultando, no obstante, claro el hecho que, la administración de la herencia en este periodo es a cargo del cónyuge viudo o pareja de hecho superviviente. Aunque nada se indica sobre el alcance que, ha de atribuirse a la facultad de administrar el caudal relicto que se otorga al cónyuge viudo o pareja de hecho superviviente, en la doctrina se opta por dotarse de un carácter amplio⁹⁵. En todo caso, el cónyuge superviviente ha

⁹⁰ VALLET DE GOYTISOLO J.B., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 640; RUEDA ESTEBAN L., *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil: auténtica fiducia sucesoria en derecho civil común*, *op. cit.*, pp. 643-644.

⁹¹ RAGEL SÁNCHEZ L.F., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 6185; RUEDA ESTEBAN L., *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil: auténtica fiducia sucesoria en derecho civil común*, *op. cit.*, pp. 668-669.

⁹² CÁMARA LAPUENTE S., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 915; GARCÍA RUBIO M^a.P., “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, p. 86.

⁹³ A ambas se refiere, FLORENSA I TOMÁS C.E., “La facultad de mejorar concedida al cónyuge superviviente por el testador: el nuevo artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 138.

⁹⁴ ESPEJO LERDO DE TEJADA M., “El gravamen de la legítima. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad”, *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo 2005, p. 151.

⁹⁵ RUEDA ESTEBAN L., “La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 197; RIVAS MARTÍNEZ J.J., “La delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, pp. 1640-1641 quien, asimismo, señala que, “se busca una administración dinámica que beneficie tanto a los bienes que forman el caudal afectado por esas facultades como al todo en general, y que resulte favorable a quien en definitiva va a ser el destinatario de los mismos”; CÁMARA LAPUENTE S., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 914 señala que, comprende cualesquiera actos de administración ordinaria u extraordinaria “enderezados a conservar los bienes y preservar su valor, con una gestión activa en interés de sus destinatarios finales”.

de observar, la diligencia de un buen padre de familia en la administración de los bienes relictos (artículo 1094 del Código Civil).

En cuanto a la posible disposición de bienes durante la situación de yacencia de la herencia, mientras algunos sostienen que, el delegado puede disponer de ellos por causa de necesidad o utilidad para satisfacer cargas de la herencia o necesidades de los hijos, incluidos los discapacitados⁹⁶; otros le niegan tal poder de disposición.

En todo caso, hay que señalar que, tras la reforma por Ley 41/2003 el cónyuge fiduciario está facultado para disponer de bienes específicos y determinados que, componen el caudal relicto entre los hijos y descendiente, pero no frente a terceros (artículo 831.1 párrafo 3 del Código Civil). De forma que, ninguna disposición de los hijos por sí solos, aunque concurren todos los posibles mejorados, podrán transmitir nada si no es con la aprobación del cónyuge supérstite o pareja de hecho sobreviviente⁹⁷. De ahí que, como señala acertadamente RIVAS MARTÍNEZ “el concreto acto dispositivo quedará por subrogación real incorporado a la herencia. Las facultades dispositivas del sobreviviente justifican plenamente el juego de la subrogación real”⁹⁸. Resulta, en consecuencia, imprescindible la disposición del cónyuge supérstite o pareja de hecho sobreviviente para conferir la propiedad de un bien al hijo o descendiente favorecido. En este contexto, para que la disposición de bienes hereditarios resulte eficaz frente a terceros, tanto si, además de descendientes comunes existen descendientes no comunes “se necesitarán el consentimiento de todos los legitimarios, de los herederos nombrados por el propio fiduciario, en su caso, que pueden no ser legitimarios, por supervivencia de ascendientes siendo descendiente de mejor grado del causante (el fiduciario instituye heredero a un nieto, en vida del progenitor)”⁹⁹; y, “el cónyuge que no sea pariente en línea recta del favorecido por el causante, tendrá poderes en cuanto a los bienes afectados a la facultad para actuar por cuenta de los descendientes comunes en los actos de ejecución de las disposiciones del causante o de adjudicaciones relativas al pago de las legítimas, pero no a otros efectos”¹⁰⁰.

⁹⁶ RUEDA ESTEBAN L., “La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 199; CÁMARA LAPUENTE S., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 914 quien precisa al respecto que, “le parece más razonable admitir ese poder de disposición, de forma excepcional, orientado a los intereses de los beneficiarios y ligado a una gestión eficiente de los bienes, que puede incluir actos de inversión, en el entendido que opera la subrogación real en la herencia de los bienes obtenidos en el acto dispositivo”; GARCÍA RUBIO M^a.P., “La reformulación por la Ley 41/2003 de la delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, p. 108 apela a “la Ley de Enjuiciamiento Civil para considerar que, el administrador ha de tener poder de disposición al menos en los casos exceptuados de la prohibición de enajenar contenido en el artículo 803.2 de dicho cuerpo legal”.

⁹⁷ RUEDA ESTEBAN L., “La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 198; del mismo autor, *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil: auténtica fiducia sucesoria en derecho civil común*, *op. cit.*, p. 590.

⁹⁸ RIVAS MARTÍNEZ J.J., “La delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, p. 1642.

⁹⁹ LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA C., “El artículo 831 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1142.

¹⁰⁰ RIVAS MARTÍNEZ J.J., “La delegación de la facultad de mejorar”, *op. cit.*, p. 1642.

2.6 La extinción de la delegación de la facultad de mejorar

Se señala por la doctrina como causas de extinción de tal facultad¹⁰¹: 1. El cumplimiento del plazo fijado; 2. El cumplimiento del encargo, esto es, el uso de la facultad de mejorar por parte del cónyuge viudo o pareja de hecho sobreviviente; 3. La no existencia de hijos o descendientes comunes, tanto en el matrimonio como en el caso de la pareja de hecho; 4. La muerte o declaración de fallecimiento del cónyuge viudo o pareja de hecho sobreviviente antes de haber ejercitado la facultad de mejorar, al ser ésta de carácter personalísimo; 4. La capacidad modificada judicialmente del cónyuge viudo o pareja de hecho sobreviviente; 5. La declaración de indignidad o desheredación sucesoria. El cónyuge viudo pierde la posibilidad de llevar a cabo la delegación cuando ha sido justamente desheredado por el causante; e, igualmente, la pierde el cónyuge viudo o la pareja de hecho sobreviviente, cuando son declarados indignos para suceder al causante otorgante de la facultad; 6. Teniendo presente que, el otorgamiento de la facultad sólo tiene lugar en testamento, la revocación del que la contiene y la no fijación de la misma como parte del contenido de un testamento posterior, determina su extinción; 7. Asimismo, la renuncia por parte del cónyuge viudo o pareja de hecho sobreviviente antes de proceder al ejercicio de la facultad de mejorar; y, 8. La desaparición completa del patrimonio del causante, lo que puede suponer la pérdida total de los bienes de la herencia.

En cuanto a la situación de pérdida de la patria potestad por el fiduciario, para SEDA HERMOSÍN se extingue la facultad de fiducia sucesoria, si el cónyuge ha sido privado de la patria potestad de los hijos comunes, pues el fundamento de la institución es la relación de confianza que se quiebra en este caso¹⁰². En esta línea, también se expresa RUEDA ESTEBAN, pues, aunque nada dice el artículo 831 del Código Civil, el progenitor que pierde la patria potestad de los hijos comunes no puede usar la facultad de fiducia sucesoria, por ser su situación contraria a la esencia de la institución¹⁰³.

III LA PARTICIÓN REALIZADA POR EL TESTADOR (ARTÍCULO 1056 DEL CÓDIGO CIVIL)

La partición efectuada por el propio testador constituye el instrumento más eficaz para la ordenación de la sucesión del titular de la empresa familiar. Así a su prudente arbitrio puede distribuir sus bienes como desee, asignándoles

¹⁰¹ RUEDA ESTEBAN L., *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil: auténtica fiducia sucesoria en derecho civil común*, op. cit., pp. 671-675 y 679-680.

¹⁰² SEDA HERMOSÍN M.A., “Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”, op. cit., pp. 270-271 si bien, el autor exceptúa el caso en que la atribución de la facultad por el progenitor concedente sea posterior a la privación de la patria potestad, supuesto éste de puro laboratorio

¹⁰³ RUEDA ESTEBAN L., *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil: auténtica fiducia sucesoria en derecho civil común*, op. cit., pp. 409-410 si bien, aclara que, pérdida no equivale a suspensión, ni de la titularidad ni del ejercicio, ya que puede darse el caso que la persona por una enfermedad o por un accidente se ve imposibilitada durante un tiempo del ejercicio de la patria potestad, y por esto no pierde ninguna confianza.

en todo o en parte, a título de heredero o de legatario, a los herederos, aunque sean legitimarios; si bien, con el límite del respeto a la intangibilidad cualitativa y cuantitativa de la legítima. Ciertamente, el testador es quien mejor conoce a los herederos y legatarios y, la entidad y el valor de los bienes que, posee. Representa una de las formas de hacer la partición hereditaria regulada en nuestro Código Civil –junto con la partición por los coherederos de mutuo acuerdo, la partición judicial, la partición por comisario–, que es de obligada observancia por parte de los herederos, en tanto no perjudique, precisamente, los derechos de los herederos legitimarios, esto es, la legítima de los herederos forzosos (artículo 815 del Código Civil)¹⁰⁴. Manifiesta al respecto CARBALLO FIDALGO la importancia que, tiene en este supuesto particional “la primacía de la voluntad de *de cuius* que, justifica la imperatividad para el heredero de la distribución del caudal ordenada por el causante, e impide por ello la formación de una comunidad hereditaria a su muerte, transmitiendo la titularidad de los bienes a sus adjudicatarios”¹⁰⁵. Este mecanismo particional se ha visto reforzado

¹⁰⁴ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de abril de 1967 (RJ 1967/2207) la partición por comisario equivale a la partición del testador por ser su representante en cierto modos; y, de 26 de enero de 2012 (RJ 2012/1904) que señala con relación al artículo 1056 del Código Civil que “esta norma contempla y regula la partición hecha por el testador: esta partición se produce cuando no sólo ha fijado la cuota que determina para cada heredero, aparte de los legados, sino que señala los bienes que integran tal cuota. Esta partición no extingue la comunidad hereditaria, sino que la evita; es un acto mortis causa que tiene eficacia a la muerte del causante: así se expresan las sentencias de 4 de febrero de 1994 (RJ 1994, 909) y 21 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 9756) y destaca la de 7 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 6395) que se da cuando el testador ha hecho todas las operaciones objeto de la partición, haciendo innecesario que se practique ésta por otros medios. (...) Por otra parte, el objeto de la partición es la extinción de la comunidad hereditaria mediante la división y adjudicación del activo de la herencia, especificando cuotas abstractas en derechos concretos, sustituyendo las cuotas o derechos que tienen los coherederos en la comunidad hereditaria, por la titularidad exclusiva de los bienes o derechos que se adjudican; la partición especifica o determina qué bienes concretos corresponden a cada coheredero. Así se expresan las sentencias de 21 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3827) (“... carácter de especificativa o determinativa de derechos”..), 5 de marzo de 1991 (RJ 1991, 1718) (“... convertir el derecho abstracto en titularidades concretas.”..), 3 de febrero de 1999 (RJ 1999, 747) y 28 de mayo de 2004 (RJ 2004, 3551) (“... la partición especifica o determina qué bienes concretos corresponden a cada coheredero: es la teoría sustitutiva o especificativa de la partición.”..) y 12 de febrero de 2007. Y toda partición, incluyendo la judicial que contempla el artículo 1059 del Código civil y desarrolla la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es sólo una operación poco más que aritmética, sino que debe conjugar los intereses de cada coheredero económicos, humanos y familiares de la mejor manera posible y esto es lo que han hecho las sentencias de instancia. La petición que hace el recurrente en el suplico del recurso de casación relativa a que una finca le sea adjudicada en su totalidad, de admitirse llevaría consigo el desequilibrio de la partición, debiendo hacerse de nuevo en su totalidad, ya que quitarle algo a su hermana significa que ésta recibe menor parte y el recurrente aumenta la suya y esto puede contravenir todo lo que ha sido objeto de la partición y, no sólo ello, sino también la voluntad de los testadores que nunca quisieron un enfrentamiento constante entre los hermanos”.

¹⁰⁵ CARBALLO FIDALGO M., “Comentario al artículo 1056 del Código Civil”, *Código Civil Comentado*, vol. II, directores Ana Cañizares Laso, Pedro De Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Navarra 2016, p. 1661. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de julio de 1986 (LA LEY 11244-JF/0000); de 21 de diciembre de 1998 (RJ 1998/9756); de 4 de noviembre

a través de la reforma del párrafo segundo del artículo 1056 –cuyo párrafo primero mantiene su redacción primitiva¹⁰⁶ y el artículo 1271 del Código Civil por la Ley 7/2003. En la Exposición de Motivos de la misma se indica que, se debe “tener en cuenta la situación y perspectiva de las pequeñas y medianas empresas como factores generadores de riqueza y empleo y con el objetivo de proporcionarles los medios suficientes para que puedan desarrollarse, alcanzar el ámbito internacional y superar los cambios generacionales dentro de las mismas, la presente ley intenta resolver tres problemas que se han identificado en la mayoría de las empresas: las dificultades de financiación, la pérdida del control de la gestión por los socios que ostentan la mayoría y los problemas de supervivencia de la sociedad derivados de la sucesión generacional”. A tal efecto introduce “transformaciones en la legislación civil vigente en aquellos preceptos en los que se ordenan las relaciones entre los miembros de una familia y la sucesión de la unidad productiva para dotarla de instrumentos que permitan diseñar, en vida del emprendedor, la sucesión más adecuada de la empresa en todas sus posibles configuraciones: societarias, empresa individual, etc. Estas modificaciones se realizan atendiendo, además, a un criterio integrador del ordenamiento privado en el conjunto de las legislaciones civiles del Estado”.

En este contexto, el artículo 1056.2 del Código Civil ofrece la posibilidad de preservar indivisa una explotación económica o mantener el control de la sociedad de capital, realizando el testador por sí mismo la partición de sus bienes; pues, de proceder a la división de la empresa familiar, ésta podría desaparecer como tal o, simplemente, se perdería el control sobre la misma lo que no facilitaría la sucesión generacional de la empresa y su conservación. De ahí, la posibilidad de mantener indivisa la explotación económica o el control de la sociedad de capital que, ofrece el citado precepto al testador mediante la modificación de lo que representa su ámbito subjetivo, objetivo y formal¹⁰⁷, y en atención al interés de la familia o a la conservación de la empresa.

de 2008 (LA LEY 169527/2008); de 22 de mayo de 2009 (LA LEY 92021/2009); de 20 de marzo de 2013 (LA LEY 138273/1998); y, de 28 de junio de 2013 (LA LEY 214163/2013).

¹⁰⁶ El párrafo segundo del artículo 1056 fue un añadido en el Anteproyecto de 1882-1888 que junto con la partición hecha por el testador formaron el artículo 1073, constituyendo una novedad en nuestro Derecho común. Su contenido adoptó en el texto definitivo la numeración del artículo 1056. Así el mencionado párrafo segundo en su redacción originaria establecía: “*El padre que, en interés de su familia, quiera conservar indivisa una explotación agraria, industrial o fabril, podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se satisfaga en metálico su legítima a los demás hijos*”.

Ahora bien, como precisa RUEDA ESTEBÁN L., “La reforma del párrafo 2 del artículo 1056 del Código Civil”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. XIV (separata)*, 30 de octubre de 2003, p. 61, esto no significa que tuviera precedentes. Así en las Leyes de Toro (leyes 19 y 20) se permitía que el testador señalase cosas singulares “*en las que se pudiera satisfacer la mejora del tercio o quinto*”, y en la Partida 6, 10-2 permitía al heredero extraer su legítima de “*...la cosa, si esta fuere tal que se pudiera partir sin daño ni mal*”. Luego a *sensu contrario* se podía entender la indivisión.

¹⁰⁷ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 15 de febrero de 1988 (LA LEY 53490-JF/0000). Por su parte, las sentencias de esta mismo Tribunal, Sala de lo Civil, de 21 de julio de 1986 (LA LEY 11244-JF/0000); y, de 21 de diciembre de 1998 (LA LEY 138273/1998) señalan que, confieren a cada heredero la propiedad de los bienes que, le hayan sido adjudicados.

Por otra parte, el mencionado artículo 1056.2 supone una excepción al principio de proporcionalidad de cuotas (artículo 1061 del Código Civil), y a la facultad reconocida los herederos en base a dicho principio, de pedir la venta en pública subasta, con la admisión de licitadores extraños, de la cosa indivisible o que desmerezca mucho la indivisión (artículo 1062 del Código Civil)¹⁰⁸, y, asimismo, a la exigencia de satisfacción de la legítima con bienes de la herencia (*pars bonorum*). También, aligera el rigor del sistema legitimario al ofrecer un procedimiento de pagos de legítimas con dinero extrahereditario más flexible que, el regulado en los artículos 841 a 847 del Código Civil. Ahora bien, no estamos ante un supuesto de sucesión contractual. Su alcance es meramente particional, no dispositivo –aunque están íntimamente relacionadas debido a la naturaleza de la adjudicación–; no obstante, esa partición convencional, con intervención del dueño del caudal hereditario o sin ella, resulta ineficaz si no se ajusta a las cláusulas testamentarias de contenido dispositivo¹⁰⁹.

3.1 Régimen jurídico

3.1.1 Elementos personales

Entre los sujetos de la facultad concedida por el artículo 1056.2 del Código Civil, hay que destacar el sujeto activo que, es el propio testador y el sujeto pasivo el/los beneficiarios y los demás interesados.

A. Sujeto activo. El artículo 1056.2 del Código Civil faculta al testador para realizar la partición de sus bienes; de forma que, se preserve indivisa la explotación económica, o se mantenga el control de una sociedad de capital o grupo de éstas “disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados”. Esta modalidad particional solo es viable si se realiza en el propio testamento o en caso, de realizarla *inter vivos*, se apoye en testamento anterior o posterior. La partición del artículo 1056 no cabe, pues, en la sucesión intestada. Por lo que, el empleo del testamento revela la necesidad de éste como vehículo para ejercer tal facultad. Ahora bien, ésta no se concede a cualquier testador, sino al que tiene herederos forzosos o legitimarios, cualquiera que sea el parentesco que, tenga con los mismos (ascendientes, descendientes o cónyuge)¹¹⁰.

La partición hecha por el testador no extingue la comunidad hereditaria, sino que la evita, ya que no llega a formarse.

¹⁰⁸ MILLÁN SALAS FCO., “La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código Civil”, *Actualidad Civil 2003-4*, pp. 1180-1181.

¹⁰⁹ HUERTA TRÓLEZ A., “La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio”, *Revista Jurídica del Notariado, número 50, abril-junio 2004*, p. 121.

¹¹⁰ GARCÍA HERRERA V., “La sucesión en la empresa familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, año LXXXVII, núm. 726, julio-agosto 2011*, p. 1930. Por su parte, RUEDA ESTEBAN L., “La reforma del párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 67, señala que, “la vieja redacción del artículo 1056.1 hablaba de “testador”; sin embargo, se refería en el artículo 1056.2 literalmente a “padre” (lo que no ocurre hoy); y como razonó VALLET esto respondía a que sencillamente no podía hacerlo sin respetar las legítimas, y sólo cabía la solución de pagarlas en metálico a los demás legitimarios, luego el adjudicatario de la explotación tenía que ser legitimario”.

B. Sujeto pasivo. La facultad que se concede en el artículo 1056.2 tiene un doble sujeto pasivo, así, por un lado, el favorecido (adjudicatario/beneficiario) con la atribución de la explotación económica o con el control de la sociedad de capital o grupo de éstas; y, por otro, los demás interesados. Con relación *al adjudicatario o beneficiario de la explotación económica o de las acciones o participaciones que otorguen el control de la empresa* puede ser o no un legitimario. Así si se trata de un legitimario puede ser uno de los hijos del testador tenga éste la condición de matrimonial, no matrimonial o adoptivo. En defecto de un hijo, podrá ser adjudicatario un descendiente de ulterior grado por derecho de representación (nieto). En el régimen legal anterior sólo podía usarse de esta facultad particional a favor de los hijos y, como admitía una parte de la doctrina, también a favor del nieto¹¹¹. La norma, dada su amplitud, también es de aplicación cuando el testador no tenga hijos, pero sí ascendientes que, serán los más próximos en grado bien en la línea materna o bien en la paterna, o al cónyuge viudo con obligación de pagar la legítima a los descendientes o ascendientes del testador con quienes concurra. El supuesto más frecuente será el del testamento por el cual el padre adjudica la empresa familiar o sus acciones o participaciones a uno solo de los hijos, y que éste pague la legítima en metálico al resto de sus hermanos, e, incluso, al cónyuge viudo, ordenando en este caso, la capitalización del usufructo viudal. Sobre tales bases, lo habitual será que el testador instituta heredero universal al hijo destinatario y que por vía de legado atribuya al resto su legítima. Por lo que el adjudicatario de la empresa será desde el punto de vista cuantitativo, destinatario de los tercios de mejora y de libre disposición, y que por la vía particional del artículo 1056.2 se ordene la adjudicación íntegra de la empresa al heredero universal, facultándole para que pague en metálico la legítima estricta a los demás herederos forzosos, incluso con dinero extrahereditario¹¹².

También puede atribuirse a un extraño (no legitimario) la empresa individual o social, imputándose el valor de la adjudicación a la parte de libre disposición, debiendo pagar la legítima en metálico a los demás interesados¹¹³.

¹¹¹ FOSAR BENLLOCH E., “La explotación agrícola y el párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil, T. XVI, Fasc. II, abril-junio 1963*, p. 383, quien teniendo en cuenta la finalidad familiar del precepto, señala que, “puede ser “en interés de la familia”, adjudicar la explotación al nieto, mejorando en dos tercios, y no al hijo, simple legitimario, que habría de soportar en tal caso un insoportable gravamen de los dos tercios adjudicados al nieto y la parte de la legítima estricta adjudicada *ope legis*, a cada uno de los demás legitimarios”. Igualmente, VIDAL MARTÍNEZ “Algunos aspectos de la regulación de la sucesión “mortis causa” en el Código Civil español, que favorecen la creación y mantenimiento de las unidades agrarias”, *Revista de Derecho Privado 1979*, p. 553 admite “la posibilidad de mejorar a los nietos viviendo los padres, más si cabe, por cuanto ello favorece la finalidad pretendida de mantener la indivisión de la explotación”.

¹¹² HUERTA TRÓLEZ A., “La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio”, *op. cit.*, p. 128.

¹¹³ VALLET DE GOYTISOLO J., “Comentario al artículo 1056 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, dirigido por Manuel Albaladejo, T. XIV, vol. 2º*, Edersa, Madrid 1989, p. 159; MILLÁN SALAS FCO., “La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1183; RUEDA ESTEBAN L., “La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil”, *Cuadernos de Derecho y Comercio, núm. 39, junio 2003*, pp. 113 y 116, para quien su razón como jurista se divide, ya que

Por lo que puede ser beneficiario o adjudicatario cualquier sujeto, ya sea legitimario –descendiente, ascendiente y cónyuge viudo- o no y, en este último supuesto, un no legitimario familiar del testador –un nieto-, o un extraño (heredero voluntario)¹¹⁴.

Por otra parte, se puede plantear la posibilidad de que el testador instituya dos o más adjudicatarios, imponiéndoles la indivisión de la explotación y satisfacer la legítima a los demás interesados. VALLET DE GOYTISOLO “no ve inconveniente alguno en que el testador señale varios asignatarios, pues, puede ocurrir que sean varios los hijos que lleven la empresa y porque el hecho de adjudicarla a varios hace más asequible el pago de la compensación en metálico, con lo cual se puede facilitar la finalidad de que la empresa no salga de la familia. En la mayoría de los supuestos el adjudicatario de la explotación será un heredero mejorado, gravado con la carga modal del pago en dinero de las legítimas o de las mayores participaciones de los demás legitimarios”¹¹⁵. En todo caso, el testador tiene plena libertad en la determinación de lo que resulta mejor para la empresa, pues, él es que mejor la conoce, y, sobre tal base, puede considerar que lo más conveniente, es que dos o más hijos sean los que asuman la gestión por su implicación en la gestión de la misma. A este respecto, el artículo 1056 del Código

la doctrina y la jurisprudencia clásicas, así como la Exposición de Motivos se refieren al “entorno familiar”; lo cierto es que, de una lectura aséptica del precepto, tomando como base para su interpretación exclusivamente la literalidad del mismo, le lleva a la conclusión de que puede ser adjudicatario un extraño; BATALLA DE ANTONIO A., “La empresa familiar y el análisis del artículo 1056.2 del Código Civil”, *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, directores Francisco Lledó Yagüe, M^a Pilar Ferrer Vanrell, y José Ángel Torres Llana, Dykinson, Madrid 2010, p. 140. En contra, PALAZÓN GARRIDO M^a.L., “La conservación de la empresa familiar a través de la facultad contemplada por el nuevo artículo 1056 párrafo segundo del Código Civil”, *Protección del patrimonio familiar*, coordinador Francisco Javier Sánchez Calero y Rosa García Pérez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 316-318 sostiene que la cuestión no está tan clara; de ahí que, considere que el artículo 1056.2 solo permite que el testador nombre adjudicatarios a cualquier legitimario (y no a cualquier persona), esto es, a descendientes, a falta de éstos, ascendientes y cónyuge. Los argumentos en los que apoya su postura son los siguientes: desde una argumentación meramente gramatical sostiene que la palabra clave no es interesados, sino demás, que debe ponerse en relación con el término legítima, de suerte que, a su juicio, que haya más o demás interesados en la legítima supone que, hay otro, que es precisamente el que ha recibido la empresa, ya que en todo caso se diría “que se pague en metálico su legítima a los interesados”. En cuanto al criterio sistemático resulta chocante que la intangibilidad cualitativa de la legítima ceda ante un extraño, pues hasta ahora, solo lo había hecho ante otro legitimario (artículos 829, 841 y siguientes del Código Civil). A parte de estos argumentos está el económico, al entender que sería perjudicial para el propio beneficiario de la explotación o paquete de acciones o participaciones, y para ello pone el ejemplo, de que el extraño concorra con descendientes del testador, en cuyo caso podría corresponderle, como máximo, un tercio de la herencia (el tercio de libre disposición), por lo que tendría que compensar dos tercios en metálico (los tercios de legítima estricta o corta, y de legítima larga o mejora). Y, por último, y no menos importante el argumento legal, al considerar que la Ley 7/2003 tiene por trasfondo y eje la empresa familiar, por lo que una interpretación que propiciara la transmisión de la propiedad fuera de la familia resultaría ilógica, “pues, la empresa familiar sea caracteriza por una interacción intensa entre familia y empresa, de modo que la mayoría o una fracción importante de los derechos que confieren el poder en la misma pertenecen directa o indirectamente a los miembros de una misma familia”.

¹¹⁴ GARCÍA HERRERA V., “La sucesión en la empresa familiar”, *op. cit.*, p. 1933.

¹¹⁵ VALLET DE GOYTISOLO J., “Comentario al artículo 1056 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 159.

Civil no impone que sea uno solo el adjudicatario; incluso la expresión “*alguno de los hijos o descendientes*” que, utiliza el artículo 841 del Código Civil, ha sido interpretada en este sentido¹¹⁶. No obstante, no nos parece tampoco desdeñable la opción por una respuesta negativa, pues, como señala MILLÁN SALAS “se podría alegar que preservar indivisa una explotación económica o mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas equivale a conservarla en manos de una persona individual”¹¹⁷. Lo cierto es que, si existen hijos, es difícil pensar que, el testador decida atribuir la empresa a un extraño, y desde luego esa decisión no se puede amparar en el interés de la familia. Pero aun así, si la finalidad es mantener la unidad de la empresa, es posible que el padre, amparado al artículo 1056.2, la atribuya a un extraño y ordene que las legítimas de sus hijos sean satisfechas en dinero efectivo.

Ahora bien, la posición jurídica es diversa según que el adjudicatario sea o no un legitimario. Si lo es, lo normal es que se instituya heredero universal al hijo destinatario de la titularidad de la empresa, y que por vía de legado atribuya al resto su legítima. Por lo que desde un punto de vista cuantitativo, aquél sería destinatario de los tercios de mejora y libre disposición y por la vía particional del artículo 1056.2, corresponderá al resto de los herederos forzosos el pago en metálico de su legítima estricta, incluso con dinero no existente en la masa de la herencia. Si el adjudicatario es un legatario el tercio de mejora se resolverá en sede de imputación merced a la aplicación del artículo 828 del Código Civil. De ser el adjudicatario de la explotación económica, las acciones o participaciones sociales el cónyuge viudo, si concurre con hijos o descendientes “tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora” (artículo 834 del Código Civil), y puede, si así lo quiere el testador, tener la propiedad del tercio de libre disposición, de manera que en tal supuesto tendrá que pagar a los demás interesados las cuotas correspondientes a la legítima estricta y a la nuda propiedad del tercio de mejora; si concurre con ascendientes “tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia” (artículo 837 del Código Civil) y puesto que la legítima de los padres y ascendientes cuando concurren con el cónyuge viudo, es de una tercera parte de la herencia (artículo 809 del Código Civil), éste podrá tener la propiedad de los dos tercios de la herencia, y tendrá que pagar a los demás interesados –los ascendientes- la cuota correspondiente a su tercio de legítima. Por último, si el instituido como adjudicatario fuera un extraño, y salvo que sea otra la voluntad del testador, habrá de entenderse instituido en el tercio de libre disposición, debiendo pagar en metálico la legítima larga –legítima estricta y mejora- a los demás interesados en la herencia¹¹⁸.

¹¹⁶ HUERTA TRÓLEZ A., “La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio”, *op. cit.*, p. 126; GARCÍA HERRERA V., “La sucesión en la empresa familiar”, *op. cit.*, p. 1935, para quien la respuesta ha de ser afirmativa, principalmente, por dos motivos: por un lado, porque puede ocurrir que tal solución sea la conveniente para la conservación indivisa de la explotación, y por otro, porque de esta manera se facilita el pago de su cuota a los demás interesados.

¹¹⁷ MILLÁN SALAS FCO., “La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1183.

¹¹⁸ MILLÁN SALAS FCO., “La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 1182-1183; GARCÍA HERRERA V., “La sucesión en la empresa familiar”, *op. cit.*, pp. 1933-1935.

Respecto a la naturaleza de la adjudicación de la explotación económica o la sociedad de capital a su destinatario ha sido objeto de un amplio debate doctrinal. Así se ha dicho que en la parte en que la adjudicación invade las legítimas del resto de los herederos forzosos tienen naturaleza de compraventa (MANRESA), como si se trata de una adquisición onerosa con dinero propio, no hereditario; o un ejercicio de un tanteo concedido por el testador (SCAEVOLA). Otros han considerado que, la cláusula de adjudicación es de carácter particional, de manera que el adjudicatario recibe dos adjudicaciones: una en pago de los haberes –legítima, mejora y tercio libre–, y otra, el exceso, para pago de los haberes de los demás legitimarios (GONZÁLEZ PALOMINO). Quizá la más fundamentada es la posición de VALLET DE GOYTISOLO quien entiende que, el adjudicatario recibe la explotación o empresa por vía de institución de heredero, si bien gravada con la carga modal de abonar en dinero su legítima a los demás interesados. Dicha carga o modo es de carácter legal y está dotada de especiales garantías¹¹⁹.

En cuanto a los demás interesados en la herencia, que serán los perceptores del metálico con dinero hereditario o extrahereditario son el resto de los legitimarios, es decir, aquél o aquellos a los que no se ha adjudicado la titularidad de la empresa individual o social. Ahora bien, la doctrina se encuentra dividida entre quienes consideran que, los demás interesados son los legitimarios (hijos, descendientes, ascendientes y el cónyuge)¹²⁰; y, la de quienes defienden que los demás interesados serán tanto los legitimarios como los beneficiarios de los tercios de mejora y de libre disposición, siendo esta última posición la más acertada a nuestro juicio, al abarcar todo sujeto llamado a la herencia por cualquier título, ya sea como destinatario del tercio de legítima estricta, ya como adjudicatario del tercio de mejora y de libre disposición¹²¹. Por lo que, lo normal será que los demás interesados sean el resto de los hijos o descendientes, y en ocasiones el cónyuge. También pueden serlo los ascendientes en defecto de hijo y nietos.

3.1.2 Elementos reales. El objeto de la atribución particional

El objeto de la atribución particional lo ha de constituir “una explotación económica o un paquete de acciones o participaciones que atribuyan el control de

¹¹⁹ VALLET DE GOYTISOLO J., “Comentario al artículo 1056 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 162.

¹²⁰ RUEDA ESTEBAN L., “La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 117; PALAZÓN GARRIDO M^a.L., “La conservación de la empresa familiar a través de la facultad contemplada por el nuevo artículo 1056 párrafo segundo del Código Civil”, *op. cit.*, p. 319.

¹²¹ En este sentido, GARCÍA HERRERA V., “La sucesión en la empresa familiar”, *op. cit.*, p. 1936; MILLÁN SALAS FCO., “La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 1183-1184, quien precisa que, “el pago en metálico se tiene que hacer, dependiendo de cada caso, a quienes sean legitimarios del testador y a los beneficiarios de los tercios de mejora y de libre disposición, en cuanto el valor de la explotación económica, de las acciones o de las participaciones sociales abarque cuantía imputable a las cuotas de unos y otros, y no se les haya adjudicado la explotación económica, las acciones o las participaciones sociales. Dentro de los legitimarios se incluye al cónyuge viudo, pues, si los herederos pueden satisfacer al cónyuge su parte de usufructo mediante un capital en dinero (artículos 839 y 840), con mayor razón podrá el testador, en interés de la familia, imponer el pago en metálico”.

“una sociedad de capital o grupo de éstas”¹²². Si bien, para que la adjudicación sea válida, resulta necesario que, la explotación económica, las acciones o participaciones de sociedades de capital existan en el caudal hereditario, y sean de titularidad del testador. Por explotación económica señala MILLÁN SALAS “ha de entenderse el conjunto de bienes y derechos organizados empresarialmente por su titular en el ejercicio de una actividad económica, primordialmente con fines de mercado, y que constituya en sí misma una unidad técnico-económica”¹²³. Por su parte, PALAZÓN GARRIDO señala que “presupone la existencia de una verdadera empresa, esto es, una organización de factores muy diversos destinada a la producción o a la mediación de bienes y servicios para el mercado, que constituye una unidad económica y funcional y objeto unitario susceptible como tal de tráfico jurídico”¹²⁴. De forma que, cabe en este amplio marco tanto las explotaciones agrícolas, industriales, comerciales y de servicios, como también las actividades profesionales a las que se hallan vinculados los elementos patrimoniales necesarios y útiles para su desarrollo. Se sustituyen con ello los términos anteriores de “explotación agrícola, industrial y fabril” por el concepto genérico de una actividad y un patrimonio aplicados a la obtención de un beneficio económico¹²⁵. Por lo que, explotación económica viene a ser un concepto que “engloba en sí la empresa individual propiamente dicha, pero que va más allá, porque incluye también otro tipo de actividades económicas que no son estrictamente empresariales”¹²⁶. Ahora bien, para que el empresario testador pueda hacer uso de la facultad de adjudicación íntegra de la explotación económica con conmutación de las legítimas en metálico, es preciso la existencia de aquélla; siendo este requisito una cuestión fáctica libremente apreciable por el Tribunal, que no necesita de prueba terminante, bastando la declaración del testador, que podrá ser impugnada por quienes sostengan la inexistencia de la prestación¹²⁷.

¹²² Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de septiembre de 1998 (RJ 1998/6395).

¹²³ MILLÁN SALAS FCO., “La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1184.

¹²⁴ PALAZÓN GARRIDO M^a.L., “La conservación de la empresa familiar a través de la facultad contemplada por el nuevo artículo 1056 párrafo segundo del Código Civil”, *op. cit.*, p. 322.

Por su parte, BATALLA DE ANTONIO A., “La empresa familiar y el análisis del artículo 1056.2 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 141-142, señala que, “se puede identificar con el concepto económico de empresa como combinación de los factores de producción bajo la dirección del empresario con la finalidad de obtener un beneficio en el mercado”. Por lo que habría preferido el término empresa. Y, añade que “el carácter económico de la explotación está en la *ratio legis* del precepto. por lo que habrá razones para excluir del mismo aquellas actividades, cualquiera que, sea su forma jurídica, carentes de ánimo de lucro, puesto que no son económicas”.

¹²⁵ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 26 de febrero de 1979, en este caso, se trata de una farmacia que, puede, asimismo, incluirse en tal ámbito.

¹²⁶ HUERTA TRÓLEZ A., “La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio”, *op. cit.*, p. 125.

¹²⁷ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de mayo de 1951 señala al respecto que “(...) la unidad de la explotación necesita una prueba terminante que no ha tenido lugar en autos, porque constatando ya en el testamento, constituye una situación jurídica que no necesita más prueba, sino que por el contrario son los que impugnan los que tienen que demostrar los hechos en que basen su impugnación en virtud del principio recogido en el artículo 1214 del Código Civil”. Y, añade, asimismo, “Que el otro requisito de la voluntad del padre

Respecto a las sociedades de capital, éstas son la sociedad anónima, la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad limitada de nueva empresa, y la sociedad comanditaria por acciones. Tales sociedades han de estar válidamente constituidas y, podrán estar formadas por varios socios (pluripersonales) o bien ser unipersonales, por lo que el testador podrá adjudicar a un herederos las acciones o participaciones sociales que tenga la sociedad, tanto cuando está formada por varios socios, como cuando todas las acciones o participaciones sociales pertenezcan a uno solo (unipersonal)¹²⁸. Ahora bien, se exige que el paquete de acciones o participaciones permita mantener el control de la sociedad, sin necesidad de hacer referencia alguna al objeto de la sociedad, ni, asimismo, se requiere que su actividad tenga carácter empresarial. Por lo que dentro del término sociedad de capital se puede entender comprendida también las sociedades patrimoniales o de mera tenencia de bienes –sociedades no productivas-¹²⁹.

Por otra parte, hay que señalar que, el artículo 1056.1 del Código Civil faculta al testador para llevar a cabo la partición de sus bienes, de lo que se infiere que, la explotación económica o el paquete de acciones o participaciones sociales deben ser de la titularidad del testador¹³⁰. En este contexto, la cuestión se plantea respecto de la adjudicación de la explotación económica o del paquete de acciones o participaciones sociales cuando ambas tengan carácter ganancial. La Resolución

testador de conservar indivisa una explotación agrícola no necesita más fundamento que esa voluntad, lo cual aparece en este caso con toda claridad por emplear la cláusula tercera del testamento las mismas palabras del artículo 1056 mencionado, en modo que no hacen precisa interpretación alguna” (Considerandos número 3 y 4).

¹²⁸ MILLÁN SALAS FCO., “La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1184.

¹²⁹ RUEDA ESTEBAN L., “La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 122-123 habla del posible fraude de las sociedades patrimoniales (mera tenencia de bienes), por ejemplo, una Sociedad Limitada, que es todo lo que tiene el testador, y ésta tiene en su patrimonio dos o tres inmuebles (vivienda y coches). Se trata, para el autor, de un fraude de los derechos de los legitimarios que, pueden exigir que se paguen sus derechos en bienes de la herencia, o que se utilice la vía de los artículo 841 y siguientes y al menos ostenten las garantías de los artículos 843 y 844.

¹³⁰ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de diciembre de 1988 (LA LEY 53564-JF/0000) en cuyo *Fundamento de Derecho Sexto* señala que “el principio general de que nadie puede transmitir o disponer de aquello que no es suyo (“*nemo plus iuris transfert quam habet*”; “*nemo dat quod non habet*”) tiene su plasmación concreta en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que a la sucesión hereditaria en general se refiere, en el artículo 659 del Código Civil, que circunscribe la herencia de todo causante a los bienes, derechos y obligaciones que integran su patrimonio y que no se extingan por su muerte, y por lo que a la testamentaria en particular concierne, en los artículos 667 y 668 del mismo cuerpo legal, que facultan a toda persona a disponer por testamento de todos sus bienes o de parte de ellos, a título de herencia o de legado. Asimismo, como aplicación más concreta de dicho principio general, la partición que, como una más de las clases o formas de partición hereditaria, puede hacer el propio testador, conforme al artículo 1056 del mismo Código Civil, presupone necesariamente, como requisito condicionante de la validez y eficacia de la misma, que se refiera a bienes que formen parte del patrimonio del testador que la hace, como exige expresamente el citado precepto cuando habla de “partición de sus bienes” sin que, por tanto, pueda referirse o comprender bienes que no sean de su pertenencia, como ya tiene declarado esta Sala –sentencias de 20 mayo de 1965, 17 de mayo de 1974, 5 de junio de 1985, entre otras-”.

de la DGRN de 22 de febrero de 1983 ha negado la posibilidad de adjudicar bienes de carácter ganancial, pues, la sociedad de gananciales es una comunidad germánica o en mano común, en la que el derecho que ostentan los cónyuges recae sobre un objeto sin atribución de cuotas, y sin que se pueda pedir la división material, mientras dure la sociedad, y por eso, cada cónyuge no es dueño de la mitad de los bienes comunes, sino que ambos cónyuges tienen conjuntamente la titularidad del patrimonio familiar. En esta línea, también se pronuncia el Tribunal Supremo en algunas sentencias, al señalar que, no siendo suyos los bienes, el causante no puede distribuir los bienes de la sociedad de gananciales, pues, el testador no puede ordenar más que sobre la suerte de sus propios bienes, siguiendo de ello que, la norma particional queda supeditada en su eficacia a que el bien inmueble se atribuya al testador en la división de la sociedad de gananciales¹³¹. Ahora bien, atendiendo a la doctrina contenida en los artículos 1379 y 1380 del Código Civil, mientras no se liquide la sociedad de gananciales no se sabe a quién tendrá atribuida la explotación económica o el paquete de acciones o participaciones sociales. Por lo que, si el testador adjudicará ambos, por ejemplo, a un legitimario en uso de la facultad que le confiere el artículo 1056.2 del Código Civil, dicha adjudicación únicamente sería válida si, una vez liquidada la sociedad de gananciales, la explotación o las acciones o participaciones sociales, se atribuyeran en su haber. Además, puede tomarse en consideración lo dispuesto en el artículo 1406.2 del Código Civil. Sobre tales bases, DOMÍNGEZ LUELMO entiende que si cabe la transmisión por vía de legado de cosa ganancial, debe admitirse también por la vía particional del artículo 1056.2 del Código Civil. De ahí que, considere que se ha de permitir al testador incluir en la partición bienes gananciales, con el límite que supone su participación tras la liquidación. Por lo que señala que “dentro de los bienes del testador a que se refiere el artículo 1056 del Código Civil se debe incluir, además de los privativos, todos los que compongan su herencia, es decir, la parte de los bienes de la sociedad conyugal que pertenezcan al difunto. Mientras la sociedad no se haya liquidado, la comunidad hereditaria comprenderá también la cuota ideal del difunto en aquélla, y una vez realizada la liquidación, pasarán a formar parte de su patrimonio los bienes concretos que, se le adjudiquen en pago de la misma”¹³². Por otra parte, en esta línea hay quienes se muestran partidarios de coordinar las disposiciones particionales de ambos cónyuges, ya sea en sus respectivos testamentos –lo más frecuente, mediante testamentos particionales combinados–, ya sea en acto *inter vivos* otorgados conjuntamente por ambos¹³³.

¹³¹ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de mayo de 1965; de 21 de julio de 1986 (LA LEY 11244-JF/0000); de 7 de diciembre de 1988 (LA LEY 53564-JF/0000); de 8 de marzo de 1989 (LA LEY 870-JF/0000); de 18 de marzo de 1991 (LA LEY 159-JF/0000); de 22 de febrero de 1997 (LA LEY 3787/1997); de 7 de septiembre de 1998 (LA LEY 8479/1998); de 15 de junio de 2006 (LA LEY 6304972006); de 16 de marzo de 2007 (LA LEY 8939/2007); y, de 14 de julio de 2008 (LA LEY 92701/2008). Asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6ª, de 10 de julio de 2013 (LA LEY 121552/2013).

¹³² DOMÍNGEZ LUELMO A., “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1991”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, enero-marzo 1991, núm. 25*, p. 346.

¹³³ HUERTA TRÓLEZ A., “La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio”, *op. cit.*, p. 122; MILLÁN SALAS FCO., “La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2

Los inconvenientes de esta forma de testar son por un lado que, la apertura de las sucesiones de uno y otro cónyuge tengan lugar en momentos distintos, y por otro, la revocación de uno de los testamento que, como señala RUEDA ESTEBAN podría dejar en “indigencia” la situación del otro, aunque podría resolver este inconveniente condicionando la validez de uno al mantenimiento del otro¹³⁴.

Sobre lo expuesto, la cuestión fundamental consiste en determinar si, una vez fallecidos ambos cónyuges, quedan los hijos o descendientes vinculados por esas disposiciones particionales coordinadas, siempre claro está que, no perjudiquen la legítimas. Nuestro Tribunal Supremo parece inclinarse por considerar tal partición válida, siempre que la de cada uno de los cónyuges se refiera exclusivamente a los bienes de cada testador, pero no a la división y adjudicación de bienes ajenos (los del cónyuge) sobre los cuales el testador no tiene facultades particionales amparadas en el artículo 1056 del Código Civil. Por lo que, las particiones realizadas por los cónyuges en las que se incluyan conjuntamente bienes gananciales y privativos de uno de los dos, podrán ser impugnadas por los hijos o descendientes con derecho a la herencia, cuando dividan o adjudiquen bienes del otro cónyuge. Por eso resulta necesario asegurarse que toda transmisión *mortis causa* se realiza de forma ordenada; de ahí que, la redacción del testamento constituya una pieza clave para tal operatividad¹³⁵.

3.1.3 Elementos formales. La partición en testamento o por actos *inter vivos*

El testador puede hacer la partición, bien en testamento, bien en acto fuera de él¹³⁶. En cuanto a la partición hecha en testamento, el artículo 1056 no

del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 1186-1187; CARBALLO FIDALGO M., “Comentario al artículo 1956 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1663. Vid., asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de julio de 1986 (LA LEY 11244-JF/0000); y, de 21 de diciembre de 1998 (LA LEY 138273/1998).

¹³⁴ RUEDA ESTEBAN L., “La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 124.

¹³⁵ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 21 de julio de 1986 (LA LEY 11244-JF/0000), que declaró la validez y eficacia efectuada por ambos cónyuges en sus respectivos testamentos por aplicación del artículo 1056 del Código Civil, al no estar admitidos en el Código Civil el testamento mancomunado. En el supuesto en cuestión ambos testadores, en sus testamentos, instituyeron herederos a sus hijos por partes iguales, se legaron recíprocamente el usufructo vitalicio de la herencia, y efectuaron la partición y adjudicación concreta de los bienes del matrimonio, haciendo constar que dichas adjudicaciones se efectuaban “en cuanto a las participaciones que al testador le pertenecen en los bienes citados”, prohibiéndose la partición judicial, y disponiendo, asimismo que, la partición de los herederos que no acatasen las disposiciones del testador íntegramente quedaría reducida a su legítima estricta en beneficio de los restantes herederos (cautela de opción compensatoria).

¹³⁶ Produce sus efectos después de la muerte, lo que no impide, como indica MARTÍNEZ ESPÍN P., “Comentario al artículo 1056 del Código Civil”, *Comentario al Código Civil, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano*, 3ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra 2009, p. 1234 que, pueda haber entrega de bienes en vida, pero sin transmisión definitiva; en otro caso, “estaríamos ante una donación, pero, en este supuesto, no hay verdadera partición de la herencia en la medida en que estas distribuciones no atribuyen la cualidad de herederos a los donatarios. No se acepta en nuestro Derecho la donación partición”. Por ello, el perjuicio a la cuota legitimaria no puede ser calculado hasta la muerte del testador, vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 20 de noviembre de 1990 (LA LEY 13408-R/1991).

excluye ninguna forma testamentaria de las admitidas en el Código Civil. Así el testamento puede ser común: ológrafo abierto o cerrado, o especial: militar, marítimo y hecho en país extranjero. Por lo que, el testador podrá utilizar cualquiera de estas formas, con sus correspondientes requisitos formales y, en su caso, adverbación. Esta partición encuentra su fundamento en el testamento que la contiene y, por lo tanto, participa de su naturaleza es esencialmente revocable y no vincula al testador que, puede modificarla¹³⁷. No es preciso que, la partición contenga los requisitos que, la propia Ley Hipotecaria y su Reglamento determinan para su inscripción; en particular, las circunstancias que, establecen los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecaria.

La partición por acto *inter vivos* ha de apoyarse en un testamento, anterior, simultáneo o posterior, que además de válido sea compatible con el acto particional¹³⁸. No se exige ningún requisito formal para la validez de la partición *inter vivos*, pudiendo realizarse en documento público o privado, e incluso hacerla verbalmente, o, como señala GARCÍA HERRERA integrarse en un protocolo familiar¹³⁹. Si la partición contiene adjudicaciones de bienes inmuebles inscribibles en el Registro de la Propiedad, deberá constar en documento público

¹³⁷ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, sección 1ª, de 4 de noviembre de 2008 (LA LEY 169527/2008); y, de 28 de junio de 2013 (LA LEY 214163/2013). Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 1ª, 23 de octubre de 1996; de la Audiencia Provincial de Ourense, sección 2ª, de 6 de febrero de 2004 (LA LEY 32604/2004); de la misma Audiencia Provincial, sección 1ª, de 5 de marzo de 2007 (LA LEY 48167/2007); de misma Audiencia Provincial y sección, de 25 de febrero de 2014 (LA LEY 15379/2014); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1ª, de 6 de marzo de 2014 (LA LEY 25151/2014). Por su parte, las sentencias del citado Tribunal, Sala de lo Civil, de 21 de julio de 1986 (LA LEY 11244-JF/0000); y, de 21 de diciembre de 1998 (LA LEY 138273/1998) afirman que “si el artículo 1056 del Código Civil admite como una de las posibles formas de hacer la partición, la que de sus propios bienes realice el testador y al que atribuye fuerza vinculante “se pasará por ella” -dice el precepto-, es indudable que sus efectos son los mismos que si se tratara de partición judicial o de partición extrajudicial practicada por los propios herederos o por albaceas o partidores es decir, sus efectos son los de conferir a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados, ello, claro es, sin perjuicio de las acciones de impugnación que el artículo 1075 en relación con el artículo 1056 del Código Civil concede a los legitimarios en la hipótesis de que perjudique sus legítimas o aparezca que fue otra la voluntad del testador y sin perjuicio, también de la práctica de aquellas operaciones complementarias de las citadas adjudicaciones que puedan ser necesarias para su plena virtualidad, operaciones que, en modo alguno suponen que la propiedad exclusiva sobre los bienes adjudicados a cada heredero no se hayan verificado como efecto de la partición desde el momento de la muerte del testador”. En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 3ª, de 7 de febrero de 2007 (LA LEY 23849/2007).

¹³⁸ Vid., las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de marzo de 1945 (RJ 1945/272); y, de 6 de mayo de 1953; y, las sentencias de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4ª, de 12 de marzo de 1998 (AC 1998/4045); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 1ª, 22 de noviembre de 1999; de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3ª, de 13 de junio de 2000 (JUR 2000/225684); de la Audiencia Provincial de Ourense, sección 2ª, de 22 de junio de 2001 (AC 2001/2002); de la Audiencia Provincial de Málaga, sección 6ª, de 27 de marzo de 2002 (LA LEY 64145/2002); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 4ª, de 28 de mayo de 2002 (LA LEY 101510/2002).

¹³⁹ GARCÍA HERRERA V., “La sucesión en la empresa familiar”, *op. cit.*, p. 1946. Vid., asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 3ª, de 21 de abril de 2005 (JUR 2005/143309).

y, si se hizo en documento privado, éste deberá ser elevado a escritura pública por los herederos o en virtud de resolución judicial (artículo 1279 del Código Civil). En todo caso, habrá de acompañar el testamento del causante al documento particional. La partición hecha *inter vivos* es un acto *mortis causa* en cuanto que, adquiere plena eficacia a la muerte del testador. Asimismo, es unilateral y de última voluntad, y relevante solo para su autor. En esencia, supone tal partición una ejecución de lo dispuesto en el testamento, pues, lo partitivo está subordinado a lo dispositivo¹⁴⁰. En la partición por acto *inter vivos* pueden intervenir los hijos, firmando también el cuaderno particional. VALLET DE GOYTISOLO indica que esta intervención de los hijos constituye una tradición proveniente de la vieja *divisio inter liberos*, si bien, no parece atribuirle el autor ningún efecto específico¹⁴¹. En todo caso, este pacto entre padre e hijos acerca de la partición de los bienes de la herencia futura del padre, carece de toda eficacia frente a éste, pues, el testador puede en cualquier momento revocar la partición, realizando otra partición nueva, o por medio de un testamento posterior que sea incompatible con la partición¹⁴².

Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 1056.2 del Código Civil “*no será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el artículo 843*”. De forma que, la partición realizada por el testador no precisa de aprobación expresa de los hijos o descendientes, ni en su defecto, autorización judicial. Por tratarse de partición efectuada por el testador su eficacia es inmediata, como dispone el citado artículo 1056.2 “*se pasará por ella*” con el único límite de las legítimas en su ámbito cuantitativo. De todas formas, resulta también excluido el régimen del artículo 844 párrafo primero del Código Civil al ser incompatible con el régimen legal del artículo 1056.1 del citado cuerpo legal. Del mismo modo, no parece que sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 842 del Código Civil.

3.2 El pago en metálico a los demás interesados

El artículo 1056.2 del Código Civil señala que para realizar el pago en metálico de la legítima a los demás interesados “no será necesario que exista

¹⁴⁰ RUEDA ESTEBAN L., “La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 115; MILLÁN SALAS FCO., “La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1192.

¹⁴¹ VALLET DE GOYTISOLO J., “Comentario al artículo 1056 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 149.

¹⁴² HUERTA TRÓLEZ A., “La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio”, *op. cit.*, p. 123, quien matiza que “esta esencial revocabilidad de la partición no significa que la voluntad prestada por los hijos sobre la partición futura carezca de toda eficacia frente, pues, algún sentido ha de tener el artículo 1271 párrafo 2 del Código Civil”. Y añade que “la validez de los contratos particionales se plantea como excepción a la regla general de prohibición de contratar sobre herencia futura. El contrato particional realizado entre el testador y sus hijos es un contrato válido y vinculante para estos últimos, aunque unilateralmente revocable por el testador. Fallecido éste sin haber revocado la partición, ésta vincula a los herederos”. Por lo que concluye que “el contenido del pacto particional del artículo 1271.2 del Código Civil ha sido ampliado en su nueva redacción, ya que no se limita a la mera división del caudal. También puede extenderse, según el texto de la norma, a otras “disposiciones particionales”, las cuales pueden ser las relativas al pago en metálico de las legítimas, incluyendo la forma y plazo en que haya de realizarse”.

metálico suficiente en la herencia, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario...”. Los demás interesados pueden ser legitimarios o no, por lo que en algunos casos se habrá de pagar en metálico la legítima y, en otros casos, la porción hereditaria que, les corresponda a quienes no son legitimarios. Ahora bien, el adjudicatario podrá pagar la legítima (cuando se trate de beneficiarios de la legítima estricta), o su porción hereditaria (cuando se trate de beneficiarios del tercio de mejora o del de libre disposición) con metálico hereditario o con metálico extrahereditario; en este último supuesto, habrá de proceder del patrimonio del adjudicatario o de los beneficios que se deriven de la explotación económica o del paquete de acciones o participaciones sociales. Se parte de la inexistencia de dinero u otros bienes hereditarios ajenos a la explotación económica o sociedad de capital en la cantidad necesaria para el pago del resto de las legítimas. Por lo que, si existiesen bienes suficientes para cubrir la legítima o la porción hereditaria de los demás interesados en la sucesión, no estaríamos en el supuesto contemplado en el artículo 1056.2 del Código Civil. De forma que, para que proceda la aplicación de este precepto resulta necesario que, en la herencia exista, además de la explotación económica o el paquete de acciones o participaciones sociales, bienes insuficientes para el pago de la legítima y de la porción hereditaria de los demás interesados en la sucesión; o que en la herencia junto a la explotación económica o el paquete de acciones o participaciones sociales no exista metálico suficiente para el pago de la legítima y de la porción hereditaria de los demás interesados. En estos casos el metálico será extrahereditario y, en consecuencia, proceder del patrimonio del adjudicatario. Si, en cambio, en la herencia hay además de la explotación económica o el paquete de acciones o participaciones sociales, dinero hereditario suficiente para cubrir la legítima o la porción hereditaria de los demás interesados, el metálico será hereditario¹⁴³. De todas formas, es necesario que el testador establezca en la partición (testamentaria o por actos inter vivos) la posibilidad de pago de las legítimas con dinero extrahereditario. Solo puede el testador excepcionar la regla general de que la legítima ha de pagarse con bienes de la herencia, pues, en el caso de que no lo disponga expresamente, se habrán de aplicar las reglas generales que configuran la legítima como porción de bienes de la herencia (pars bonorum). El pago, en consecuencia, deberá ordenarlo el testador o contador-partidor facultado a tal efecto por el testador.

Ahora bien, este pago de la legítima en metálico representa un auténtica pars valoris, que, incluso puede ser pagada por un extraño, lo que supone una innovación respecto del artículo 841 del Código Civil.

Respecto a la cuantía de la legítima y la porción hereditaria de los demás interesados en la sucesión tendrá lugar mediante acuerdo entre éstos y, el adjudicatario de la explotación económica o del paquete de acciones o participaciones sociales, respetando siempre la intangibilidad cualitativa y cuantitativa de la legítima. En ningún caso, será posible fijar la cuantía de la

¹⁴³ MILLÁN SALAS FCO., “La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 1187-1188; GARCÍA HERRERA V., “La sucesión en la empresa familiar”, *op. cit.*, p. 1950.

legítima o porción hereditaria por el propio adjudicatario de forma unilateral. En todo caso, el testador podrá determinar en la misma partición la cuantía de la legítima o porción hereditaria. Ahora bien, puede entre la partición testamentaria y la apertura de la sucesión mediar cierto tiempo, pudiendo la asignación concreta de la legítima quebrarse por aumentar la masa del patrimonio del testador o disminuir como consecuencia de la devaluación monetaria. Por lo que, si se realiza una asignación de metálico inferior a la que corresponde legítima, ésta puede ser impugnada y la partición rescindible por lesión en la legítima (artículos 1056.1 y 1075 del Código Civil). Por ello para FOSAR BENLLOCH considera que no es aconsejable tal forma de designación legitimaria, por lo que “cree que es muy conveniente que el testador, en lugar de asignar el metálico por sí, se limite a nombrar un albacea específico para liquidar la legítima”. Por supuesto, añade que “tal designación no implica en modo alguno que la herencia no se entienda partida. Porque la función de albacea no es partir toda la herencia, sino tan solo computar y liquidar la legítima: acto éste que si se quiere, complementario de la partición del testador, pero que no debe entenderse una verdadera partición”¹⁴⁴. La posibilidad que un albacea pueda asignar metálico como importe de las legítimas, está previsto en el artículo 15 párrafo 5 apartados a) y b) de la Ley Hipotecaria. No obstante, se indica por la doctrina que, también puede fijar el importe de las legítimas el contador-partidor designado en testamento, y, el cónyuge viudo sobre la base de la delegación de la facultad de mejorar prevista en el artículo 831 del Código Civil¹⁴⁵.

En cuanto al momento en que se habrá de atenderse para fijar la cuantía de la legítima o de las porciones hereditarias de los demás interesados, se discute entre el momento de la apertura de la sucesión o cuando se pague o se liquide la legítima. El artículo 1056.2 del Código Civil no establece nada al respecto. Sí, en cambio, los artículos 847 y 1074 de este mismo cuerpo legal que, se refieren a la valoración de los bienes al momento de la partición, liquidación o adjudicación; en cambio, el artículo 818 del Código Civil se establece para la fijación de las legítimas que, se habrá de atender para valorar los bienes al momento de la muerte del testador. En esta línea, VALLET DE GOYTISOLO señala que “Es distinto el tiempo al que se refieren el artículo 818 para fijar la legítima, y el artículo 1074 del Código Civil para determinar si se ha producido o no lesión al practicar la partición. Este atiende “al valor de las cosas cuando fueron adjudicadas” y aquél “al valor de los bienes que quedaren a la muerte del testador”. Los valores, en uno y otro momento, pueden ser distintos y, en especial, puede diferir mucho su expresión dineraria, si se ha alterado el valor de la moneda. Sin embargo, no creemos que haya ni la menor contradicción entre uno y otro precepto. La legítima queda fijada en una participación del caudal

¹⁴⁴ FOSAR BENLLOCH E., “La explotación agrícola y el párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 395-396. En esta línea, TORRES GARCÍA T., “Una aproximación al artículo 1056.II del Código Civil (Posible sucesión *mortis causa* de la empresa)”, *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias, vol. II*, Thomson Civitas, Navarra 2004, p. 1669.

¹⁴⁵ GARCÍA HERRERA V., “La sucesión en la empresa familiar”, *op. cit.*, pp. 1951-1952; MILLÁN SALAS FCO., “La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1188.

relicto en la fecha de fallecer el testador; pero su valor dinerario deberá cifrarse, en principio, con relación al que tenga aquella partición tasada en la fecha de su satisfacción. Mientras no se haya pagado el valor que deba satisfacerse en metálico a los legitimarios –o al menos mientras no se haya liquidado-, representa una fracción del valor económico de dicho patrimonio, y siendo así, ¿por qué ha de dejar de ser proporcional al valor de éste cuando sufra alteración?. De no ser ya proporcional, por haber quedado fijado el valor de la legítima en moneda, pese al incremento del importe de los bienes, tampoco podrá ya ser equivalente al valor real de los bienes que con su satisfacción debería compensar. Lo mismo da, a este efecto, que ese valor fijado se satisfaga in natura con bienes valorados en la fecha del pago o en dinero cuando la ley así lo autorice”¹⁴⁶.

Este criterio que sigue VALLET DE GOYTISOLO, es el de la tendencia mayoritaria de la doctrina, que viene a considerar aplicable por analogía al supuesto del artículo 1056.2 del Código Civil lo previsto en los artículos 847, 1045 y 1074 del citado cuerpo legal y, en consecuencia, atender al momento de la partición, liquidación o adjudicación¹⁴⁷. Si bien, no faltan quienes defienden la postura contraria, y atender al momento de la muerte del causante para fijar la cuantía de la legítima o las porciones hereditaria de los demás interesados.

No obstante, como precisa acertadamente RUEDA ESTEBAN, los testadores para evitar todos estos posibles inconvenientes, deberían precisar los tiempos de valoración e introducir “cláusulas de estabilización”¹⁴⁸.

Una vez fijada las legítimas o porciones hereditarias de los demás interesados en la sucesión, el adjudicatario de la explotación económica o del paquete de acciones o participaciones sociales deberá procederse a su pago. A tal efecto, siempre que así lo haya establecido el testador (o el contador-partidor por él designado), se podrá aplazar el pago, siempre que dicho aplazamiento no supere los cinco años a contar desde el fallecimiento del testador (artículo 1056.2 del Código Civil). De forma que, si el testador no ha previsto el aplazamiento, éste no se presume, y el heredero adjudicatario de la explotación ha de abonar las legítimas en el momento mismo en que se determine su importe. En todo caso, la decisión sobre el aplazamiento corresponde, salvo disposición expresa del testador, al contador-partidor, no así al contador-partidor dativo (artículo 1057.2 del Código Civil), ya que éste no lo designa el testador, sino que lo nombra el juez.

¹⁴⁶ VALLET DE GOYTISOLO J., “Comentario al artículo 1056 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 168-169.

¹⁴⁷ MILLÁN SALAS FCO., “La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1189; GARCÍA HERRERA V., “La sucesión en la empresa familiar”, *op. cit.*, p. 1953, quien advierte de los inconvenientes de esta postura. Así señala que “en efecto, si la empresa disminuye el valor como consecuencia de una pésima gestión por parte del adjudicatario o beneficiario, los demás interesados se verán seriamente perjudicados, porque recibirán menos de aquello que les hubiera correspondido de haberse atendido al momento del fallecimiento del *de cuius*; en cambio, si la empresa se revaloriza por una excelente gestión del adjudicatario o beneficiario, los demás interesados se verán justamente beneficiados”.

¹⁴⁸ RUEDA ESTEBAN L., “La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 136.

Ahora bien, no se dice nada con respecto al abono de los intereses por razón del aplazamiento; si bien nada se opone a que el testador pueda disponer su devengo o que pueda hacerlo incluso el contador-partidor testamentario con facultades para decidir sobre el aplazamiento. Ahora bien, si no se establece nada sobre la existencia de los intereses por ninguna de las dos vías indicadas, para alguna parte de la doctrina la cantidad adeudada en concepto de legítima podrá devengar intereses a pagar desde la liquidación, aplicando para ello lo dispuesto en el artículo 847 del Código Civil¹⁴⁹; mientras que, para otros, tal precepto no resulta aplicable, fundamentalmente porque el artículo 1056.2 no contiene previsión en este sentido, ni remite al artículo 847¹⁵⁰.

Tampoco se indica en el artículo 1056.2 del Código Civil si es posible el fraccionamiento del pago, siendo posible su admisión, facilitando con ello al adjudicatario el cumplimiento de la obligación.

Por otra parte, el artículo 1056.2 del Código Civil admite, además del pago, “cualquier otro medio de extinción de las obligaciones”. Así se puede citar la confusión de derechos entre el heredero obligado y el legitimario que, puede tener lugar, si éste fallece antes de cobrar su legítima y, le sucede como único heredero el obligado al pago; y, la compensación cuando el preceptor del metálico y el adjudicatario sean recíprocamente acreedores y deudores el uno del otro y se cumplan todos los demás requisitos necesarios para que opere la compensación (artículo 1196 del Código Civil). Es posible que, la explotación económica o la sociedad de capital tenga créditos frente a los legitimarios y a los demás interesados en la sucesión, de forma que, puedan compensarse estos créditos con lo que le corresponde en la sucesión. No resulta, en todo caso, aplicable la extinción por pérdida de la cosa debida, ya que lo debido es en este caso el dinero y es cosa genérica –genus nunquam perit-, y, la condonación de la deuda por el legitimario o el interesado, pues, en rigor no cabe la dispensa del cumplimiento, sino la repudiación; y la novación extintiva. A todos estos medios de extinción para HUERTA TROLEZ, “es posible que, una vez determinado el importe de la deuda en dinero, no exista obstáculo para que aquél pueda hacerse efectivo mediante la cesión de otros bienes propios del heredero, para lo cual requiere, entre otras exigencias, el consentimiento del legitimario acreedor”¹⁵¹.

En todo caso, recordemos que, resulta necesario que se haya prevenido por el testador (o por el contador partidor por él designado) la forma de cumplimiento de la obligación, pues, en caso contrario, “cualquier legitimario” puede exigir su legítima en bienes de la herencia –pars bonorum- (artículo 1056.2).

3.3 La finalidad de la adjudicación: la conservación de la empresa y el interés de la familia

La explotación económica o la sociedad de capital con conmutación en metálico de su legítima a los demás interesados, deberá hacerlo “*en atención a la*

¹⁴⁹ GARCÍA HERRERA V., “La sucesión en la empresa familiar”, *op. cit.*, p. 1954.

¹⁵⁰ HUERTA TRÓLEZ A., “La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio”, *op. cit.*, p. 131.

¹⁵¹ HUERTA TRÓLEZ A., “La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio”, *op. cit.*, p. 130.

conservación de la empresa o en interés de su familia". El Código Civil no indica nada de lo que debe entenderse por interés de la familia ni por la conservación de la empresa. Tampoco la doctrina manifiesta un criterio unánime. Así frente a quienes opinan que se trata de un único móvil de adjudicación dirigido a preservar la empresa familiar¹⁵²; otros consideran que, existen dos motivos de adjudicación, donde el primero lleva implícito el segundo¹⁵³; y, finalmente, hay quienes defienden la existencia de dos motivos absolutamente independientes entre sí¹⁵⁴. Nos parece razonable esta última posición, entre otros argumentos porque el legislador ha optado en el artículo 1056.2 por la disyuntiva de motivos. En todo caso, por "interés de la familia" debe entenderse "todo aquello que puede evitar la perturbación de la paz familiar", por ejemplo, adjudicación a un hijo que sería incompatible con otro, o exclusión de uno de ellos en el negocio por su carácter difícil con los demás, o sencillamente por ser arriesgado en sus concepciones del negocio o influenciado por su cónyuge, en definitiva, circunstancias apreciables por el testador y como tales subjetivas¹⁵⁵. En cuanto a la "conservación de la empresa" por tal debe entenderse "todo aquello que garantice, en términos económicos, el correcto funcionamiento de la explotación económica o de la sociedad de capital". Dado que el testador no pueda disponer de esta información no será sino algo de carácter subjetivo¹⁵⁶.

¹⁵² PALAZÓN GARRIDO M^a.L., "La conservación de la empresa familiar a través de la facultad contemplada por el nuevo artículo 1056 párrafo segundo del Código Civil", *op. cit.*, p. 320-321 señala que "ambos móviles van íntimamente unidos y no se entienden el uno sin el otro, dado que lo que se pretende preservar es precisamente una empresa familiar. Aquí el interés de la empresa está enlazado de modo indisoluble con el interés de la familia".

¹⁵³ MILLÁN SALAS FCO., "La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código Civil", *op. cit.*, p. 1181 después de definir el interés de la familia "como interés del testador de preservar íntegra la explotación económica o mantener el control de una o varias sociedades de capital dentro de su propia familia, adjudicando la explotación económica, las acciones o las participaciones sociales a uno de sus familiares, proporcionándole el medio de vida de su familia", señala que "la voluntad del testador de conservar indivisa la explotación, como ha señalado la sentencia de 19 de mayo de 1951, no necesita de más fundamento que esta voluntad". Es por ello que "la voluntad del testador de conservar indivisa una explotación presupone el interés de la familia, interés que solo y exclusivamente necesita ser apreciado por el disponente". Y, concluye que "mientras el móvil "en interés de la familia" lleva implícito el otro móvil, "la conservación de la empresa", mantiene, en cambio que, el testador puede hacer la partición de sus bienes, atendiendo sólo a la conservación de la empresa y no al interés de su familia, haciendo la adjudicación a un extraño".

¹⁵⁴ RUEDA ESTEBAN L., "La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil", *op. cit.*, p. 118; GARCÍA HERRERA V., "La sucesión en la empresa familiar", *op. cit.*, p. 1948; HUERTA TRÓLEZ A., "La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio", *op. cit.*, p. 126, señala que, se establece en la norma con carácter alternativo al interés de la familia, no de forma acumulativa.

¹⁵⁵ RUEDA ESTEBAN L., "La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil", *op. cit.*, pp. 118-119, quien, asimismo, añade que "establecido que el interés de la familia no es ninguno de los demás mencionados en el Código Civil (67, 70, 82.4, 103.2 y 1389), ni puede ser el que define DIEZ PICAZO (interés en la conservación de la empresa), porque es otro requisito alternativo diferente, solo nos queda el de CÁMARA "deseo del testador de que la explotación se mantenga dentro de la familia".

¹⁵⁶ GARCÍA HERRERA V., "La sucesión en la empresa familiar", *op. cit.*, p. 1949; RUEDA ESTEBAN L., "La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil", *op. cit.*, p. 119, quien precisa al respecto que, no hay nada más personal que, lo que se somete a

Sobre tales bases, de lo que cabe duda es que, será preciso que el testador efectúe la adjudicación con conmutación en metálico de las legítimas basándose en el “interés de la familia” o la “conservación de la explotación”, pues, de ser otra la voluntad, no se podrá utilizar la facultad prevenida en el artículo 1056.2, aunque podrá efectuar la adjudicación con conmutación en metálico de la legítima por la vía de los artículos 841 a 847 del Código Civil. De forma que, si con la adjudicación no se persiguen los motivos descritos, tal partición podrá ser impugnada si se acredita que esa no fue la voluntad del testador, y, en consecuencia, los demás interesados podrán pedir que se rescinda parcialmente la partición, y se les atribuya su parte en bienes de la herencia¹⁵⁷. Si bien, no se podrá impugnar la adjudicación, si se demuestra que, el interés familiar o lo mejor para la conservación de la empresa debería ser otra cosa que, precisamente, tal adjudicación.

En todo caso, como manifiesta TORRES GARCÍA en el artículo 1056.2 del Código Civil se manifiestan los principios básicos que inspiran el momento del cambio de la titularidad empresarial: unidad –quiere preservar indivisa una explotación, continuidad y conservación¹⁵⁸.

3.4 Efectos de la partición y garantías

El artículo 1056.2 del Código Civil parte de la existencia en el patrimonio del causante, de una explotación económica o sociedad de capital que se otorga al adjudicatario, y otros bienes o metálico que resultan insuficientes para pagar la legítima o la porción hereditaria que les corresponde a los demás interesados; o por el contrario, se dispone de metálico suficiente, pues, bien, si el adjudicatario es un legitimario se deferirá su legítima y la mejora –expresa o tácita- dispuesta por el testador, bajo el título sucesorio de heredero¹⁵⁹. Mientras que, el título por

elección; y, añade qué es lo mejor para la conservación de la empresa es algo tan subjetivo como que simplemente lo desee el testador. “Hay empresas que se conservan mejor con la indivisión y, sin embargo, otras subsisten sólo con la segregación de ramas de producción. Sólo una concepción económica sería objetiva, por ejemplo, un conocimiento actuarial de la posible evolución de la empresa a medio o largo plazo, que pueda permitir al testador hacer una evaluación de la que conviene para la conservación de la explotación; lo que ocurre es que el testador carece de estos datos en el momento del otorgamiento de su testamento. Si a todo esto añadimos la disyuntiva “o” del precepto, encontramos un amplísimo abanico de posibilidades a disposición del testador, lo que aproxima más el fin justificante a un motivo de carácter subjetivo, porque no hay nada más personal que lo que se somete a elección”; HUERTA TRÓLEZ A., “La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio”, *op. cit.*, p. 126-127, igualmente, dispone al respecto que “no se exige que la empresa se conserve en el ámbito familiar, sino simplemente que se conserve, que no se disgregue ni se extinga. Tampoco aparece expresamente establecido como requisito que, se conserve la unidad en la titularidad de la empresa”.

¹⁵⁷ RUEDA ESTEBAN L., “La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 119-120. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de lo Civil, de 4 de noviembre de 2008 (LA LEY 169527/2008).

¹⁵⁸ TORRES GARCÍA T., “Una aproximación al artículo 1056.II del Código Civil (Posible sucesión *mortis causa* de la empresa)”, *op. cit.*, p. 1660.

¹⁵⁹ MILLÁN SALAS FCO., “La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 1193. En contra, BATALLA DE ANTONIO A., “La empresa familiar y el análisis del artículo 1056.2 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 147.

el que se atribuye la legítima, mejora o el tercio de libre disposición a los demás interesados será como legatarios, esto es, como legado de dinero. En su condición de legatarios no responderá de las deudas hereditarias, ni están, por tanto, sujetos al sistema de responsabilidad solidaria que, establece el artículo 1084 del Código Civil¹⁶⁰. En cuanto a si puede garantizarse registralmente el derecho de los demás interesados desde la apertura de la sucesión hasta que se procede al pago efectivo por el adjudicatario, cabe señalar que, si lo que se adjudica es un paquete de acciones o participaciones sociales no cabe garantía registral alguna, puesto que, falta el inmueble objeto de inscripción. Si, por el contrario, lo que se adjudica es una explotación económica de la que forma parte un inmueble, será de aplicación la garantía del artículo 15 de la Ley Hipotecaria, al cumplirse los presupuestos que se exigen a tal efecto en su párrafo primero. Por tanto, el derecho de los demás interesados en la sucesión se mencionará de oficio en la inscripción del inmueble del que forma parte la explotación económica¹⁶¹. Si bien, las expresiones registrales solo producirán efecto respecto de los terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, y no frente a los herederos y legitimarios, cuyas relaciones se registrarán por las normas civiles aplicables a la herencia del causante (artículo 15 párrafo 4 de la Ley Hipotecaria). Sobre tal base, no podrá garantizarse el derecho de los demás interesados mediante anotación preventiva a que se refieren los artículos 42.7 y 48 de la Ley Hipotecaria¹⁶².

3.5 La partición realizada por contador-partidor

El testador puede encomendar al contador-partidor que nombre la facultad de hacer la partición (artículo 1057.1 del Código Civil), pero no puede delegar en él ninguna facultad de contenido dispositivo, pues, iría en contra del carácter personalísimo del testamento que, no se puede hacer por mandatario o comisario (artículo 670 del Código Civil)¹⁶³. Por esta razón, no puede delegar el testador en

¹⁶⁰ En esta línea, MILLÁN SALAS FCO., “La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código Civil”, *op. cit.*, pp. 1193-1194; TORRES GARCÍA T., Una aproximación al artículo 1056.II del Código Civil (Posible sucesión *mortis causa* de la empresa”, *op. cit.*, p. 1664.

¹⁶¹ FOSAR BENLLOCH E., “La explotación agrícola y el párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 395, precisa que, en el complejo proceso de liquidación y pago de los derechos de los legitimarios no adjudicatarios de la explotación, hay que distinguir tres momentos, siguiendo en parte la terminología que emplea ROCA SASTRE para las menciones de legítimas: “a) Expresión legitimaria abstracta de quedar el adjudicatario obligado a satisfacer en metálico la legítima de los demás hijos, pero sin cifrar su cuantía, b) Asignación legitimaria concreta, o sea, fijación de una cantidad en metálico para el abono de los derechos legitimarios; c) Pago de la legítima al que debe equipararse su consignación”.

¹⁶² FOSAR BENLLOCH E., “La explotación agrícola y el párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil”, *op. cit.*, p. 410.

¹⁶³ Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de marzo de 1989 (LA LEY 870-JF/0000). Vid., asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 4ª, de 14 de junio de 2000, la designación del contador-partidor no tiene más significado que la de un mero ayudante, colaborador o asesor de la testadora en la realización material de la partición, siendo éste el resultado de la declaración de voluntad de la propia testadora y no del contador; y,

el contador partidor la elección del adjudicatario de la empresa familiar, y el pago en metálico a los demás interesados, pues, esta delegación supone conferido al partidor la facultad de mejorar y de atribuir el tercio de libre disposición como considere conveniente. Pero sí puede el testador instituir por partes iguales a todos los hijos y facultar al contador-partidor para que, en virtud del artículo 1056.2 del Código Civil, adjudique el control de la empresa familiar a quien él considere más adecuado, y proceda a abonar al resto de los interesados (legitimarios o no) en metálico su legítima o porción hereditaria. En todo caso, la facultad de partir en los términos del citado artículo 1056.2 del Código Civil ha de serle conferida expresamente por el testador. Igualmente, el artículo 841 del citado cuerpo legal posibilita que el contador-partidor pague en metálico las legítimas solo si ha sido expresamente autorizado para ello por el testador.

Ahora bien, aunque el testador haya realizado la partición, y adjudicado la explotación económica o sociedad de capital, puede, no obstante, ser oportuno el nombramiento de un contador-partidor para que realice el avalúo y el inventario de los bienes hereditarios. Precisamente, la valoración de la explotación o sociedad es esencial para el cálculo de las legítimas, y el testador difícilmente puede realizar por sí mismo tal labor, ya que para el cálculo de aquellas se ha de tomar como base el valor del haber hereditario (*donatum* más *relictum* neto) al tiempo de fallecimiento del testador (artículo 818 del Código Civil).

En todo caso, si el testador no ha hecho uso de la facultad particional del artículo 1056.2 del Código Civil, ni ha delegado expresamente en el contador-partidor tal facultad, corresponde a éste realizar la partición con arreglo a las normas generales¹⁶⁴.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA M., *La mejora*, Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Madrid 2003.

- "El otorgamiento de la facultad de mejorar por el causante a otra persona", *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero 2005.

ALPAÑES E., "La delegación de la facultad de mejorar", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año CI, T. XXVI 1953.

ÁLVAREZ MORENO M^a.T., *La mejora en favor de los nietos*, Edisofer, Madrid 2003.

de la Audiencia Provincial de La Rioja, sección única, de 5 de septiembre de 2003 (JUR 2003/242457).

¹⁶⁴ HUERTA TRÓLEZ A., "La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio", *op. cit.*, pp. 134-135, si bien, precisa que, si el caudal relicto incluye una empresa o explotación que lo agote o cuyo valor sea superior a la cuota que a cada uno de los herederos o legitimarios les corresponde, el contador-partidor puede evitar la división material de la explotación por la vía del artículo 1062 del Código Civil. Añade que "esta vía no es siempre segura, ya que el párrafo segundo del propio precepto dispone que "bastaará que uno solo de los herederos pida su venta en pública subasta y con admisión de licitadores extraños, para que así se haga". Y, finaliza, señalando que, la indivisibilidad o desmerecimiento económico de la cosa puede ser predicable de la empresa individual familiar, pero es más difícil admitirlo en relación al conjunto de acciones o participaciones sociales que representan la titularidad de una empresa social familiar, pues, "en realidad las acciones o participaciones ya son un patrimonio idealmente dividido por cuotas negociables y transmisibles lo cual difícilmente se compagina con una pretendida indivisibilidad".

- BATALLA DE ANTONIO A., “La empresa familiar y el análisis del artículo 1056.2 del Código Civil”, *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*, directores Francisco Lledó Yagüe, M^a Pilar Ferrer Vanrell, y José Ángel Torres Llana, Dykinson, Madrid 2010.
- BLASCO GASCO F de P., *Derecho de Sucesiones*, coordinador A.M. López, Tirant lo Blanch, Valencia 1999.
- CALVO MEIJIDE A., “Concepto, forma y continuidad de la empresa familiar. Reflexiones sobre sus aspectos jurídicos”, *Actualidad Civil 2001-4*.
- CÁMARA LAPUENTE S., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *Código Civil comentado*, vol. II, directores A. Cañizares Laso, P. De Pablo Contreras, J. Orduña Moreno, R. Valpuesta Fernández, 2^a ed., Civitas, Thomson Reuters, Navarra 2016.
- CANO MARTÍNEZ DE VELASCO J.I., *La mejora*, Bosch, Barcelona 2003.
- CARBALLO FIDALGO M., “Comentario al artículo 1056 del Código Civil”, *Código Civil Comentado*, vol. II, directores Ana Cañizares Laso, Pedro De Pablo Contreras, Javier Orduña Moreno y Rosario Valpuesta Fernández, 2^a ed., Civitas Thomson Reuters, Navarra 2016.
- CASTÁN TOBEÑAS J.M^a., *Derecho civil español, común y foral*, T. VI Sucesiones, vol. II, 8^a ed., Reus, Madrid, 1963.
- DÍAZ FUENTES A., “Excepciones legales al personalismo de las disposiciones mortis causa (II. Sobre el artículo 831 del Código Civil)”, *Anuario de Derecho Civil*, T. XVIII, Fasc. I, enero-marzo 1965.
- DÍEZ GÓMEZ A., “El nuevo artículo 831 del Código Civil”, *Revista de Derecho Notarial*, año XXX, números 117-118, julio-diciembre 1982.
- DOMÍNGEZ LUELMO A., “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1991”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero-marzo 1991, núm. 25.
- ESPEJO LERDO DE TEJADA M., “El gravamen de la legítima. Situación tras la reforma del mismo por la Ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad”, *Revista Jurídica del Notariado*, enero-marzo 2005.
- FERNÁNDEZ TRESGUERRAS A., *Transmisión mortis causa de la condición de socio*, Thomson Aranzadi, Pamplona 2008.
- FOSAR BENLLOCH E., “La explotación agrícola y el párrafo 2º del artículo 1056 del Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, T. XVI, Fasc. II, abril-junio 1963.
- FLORENSA I TOMÁS C.E., “La facultad de mejorar concedida al cónyuge superviviente por el testador: el nuevo artículo 831 del Código Civil”, *Protección Jurídica y patrimonial de los discapacitados*, coordinador D. Bello Janeiro, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela 2005.
- GARCÍA HERRERA V., “La sucesión en la empresa familiar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXXXVII, núm. 726, julio-agosto 2011.
- GARCÍA RUBIO M^a.P., “La reformulación por la Ley 41/2003, de la delegación de la facultad de mejorar”, *Anuario de Derecho Civil*, T. LXI, Fasc. I, enero-marzo 2008.
- GARRIDO DE PALMA V., “La familia empresaria ante el Derecho”, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T. IV, coordinadores Martín Garrido Melero y Josep María Fugardo Estivill, Bosch, Barcelona, 2005.
- HUERTA TRÓLEZ A., “La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio”, *Revista Jurídica del Notariado*, número 50, abril-junio 2004.
- LÓPEZ BELTRÁN DE HEREDIA C., “El artículo 831 del Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil*, T. LVIII, Fasc. III, julio-septiembre 2005.
- MARTÍNEZ ESPÍN P., “Comentario al artículo 1056 del Código Civil”, *Comentario al Código Civil*, coordinador Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 3^a ed., Aranzadi Thomson Reuters, Navarra 2009.
- MILLÁN SALAS FCO., “La partición hecha por el testador al amparo del nuevo artículo 1056.2 del Código Civil”, *Actualidad Civil 2003-4*.
- “La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, número 3, julio-agosto 2006.
- MORELL y FERRY J., “Mejoras”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia 1893*.
- PALAZÓN GARRIDO M^a.L., “La conservación de la empresa familiar a través de la facultad contemplada por el nuevo artículo 1056 párrafo segundo del Código Civil”, *Protección del patrimonio familiar*, coordinador Francisco Javier Sánchez Calero y Rosa García Pérez, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- PÉREZ FADÓN J.J., *La empresa familiar. Fiscalidad, organización y protocolo familiar*, CISS Grupo Wolters Kluwer, Madrid 2012.

- PEREÑA VICENTE M., “El derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado”, *La Ley*, número 5957, año XXV, de 18 de febrero de 2004, ref. D-41.
- RAGEL SÁNCHEZ L.F., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil*, T. V, director R. Bercovitz Rodríguez-Cano, Tirant lo Blanch, Valencia 2013.
- RIVAS MARTÍNEZ J., “La delegación de la facultad de mejorar”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, número 136, junio 2007.
- ROCA GUILLAMÓN J., “Delegación fiduciaria de la facultad de distribuir y mejorar (Notas al artículo 831 del Código Civil –Ley 41/2003–)”, *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, T. II, Colegio de Registradores y Universidad de Murcia, Murcia 2004.
- ROCA JUNYENT M., “La empresa familiar en el ordenamiento interno y comunitario”, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T. IV, coordinadores Martín Garrido Melero y Josep María Fugardo Estivill, Bosch, Barcelona, 2005.
- RODRÍGUEZ ARTIGAS F., “La empresa familiar y las reformas de la Ley de Sociedades Limitadas”, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T. IV, coordinadores Martín Garrido Melero y Josep María Fugardo Estivill, Bosch, Barcelona, 2005.
- RODRÍGUEZ-YNUESTO VALCARCE A., “La reforma del artículo 831 del Código Civil por la Ley 41/2003: la delegación de la facultad de mejorar”, *Revista Jurídica del Notariado*, julio-septiembre 2005.
- ROMERO-GIRÓN DELEITO J., “El nuevo artículo 831 del Código Civil. La fiducia sucesoria. Una aplicación práctica”, *Revista Jurídica del Notariado*, número 57, enero-marzo 2006.
- ROVIRA SUEIRO M.E., *Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad*, Editorial Ramón Areces, Madrid, 2005.
- RUEDA ESTEBAN L., “La fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”, *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, T. V, Bosch, Barcelona 2004.
- *La delegación de la facultad de mejorar del artículo 831 del Código Civil: auténtica fiducia sucesoria en derecho civil común*, Consejo General del Notariado, Madrid 2014.
 - “La reforma del párrafo 2 del artículo 1056 del Código Civil”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. XIV (separata), 30 de octubre de 2003.
 - “La modificación del párrafo segundo del artículo 1056 del Código Civil”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 39, junio 2003.
- SÁNCHEZ RUIZ M., “Introducción. Una aproximación jurídica a las empresas y las sociedades familiares”, *Régimen Jurídico de la Empresa Familiar*, coordinador Mercedes Sánchez Ruiz, Civitas Thomson Reuters, Navarra 2010.
- SÁNCHEZ ROMÁN F., *Estudios de Derecho Civil*, T. VI, vol. 1º, Madrid 1910.
- SECO CARO E., *Partición y mejora encomendadas al cónyuge viudo (Estudio sobre el artículo 831 del Código Civil español)*, Bosch, Barcelona 1960.
- SEDA HERMOSÍN M.A., “Facultad de fiducia sucesoria del artículo 831 del Código Civil”, *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, T. XV, Comares, Granada, 2006.
- SERRANO GÓMEZ E., “Los protocolos familiares”, *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Dykinson, Madrid, 2009.
- TORRES GARCÍA T., “Una aproximación al artículo 1056.II del Código Civil (Posible sucesión mortis causa de la empresa)”, *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, vol. II, Thomson Civitas, Navarra 2004.
- VALLET DE GOYTISOLO J., “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XI, dirigidos por Manuel Albaladejo, 2ª ed., Edersa, Madrid 1982.
- “Comentario al artículo 831 del Código Civil”, *Comentario del Código Civil*, T. I, Ministerio de Justicia, Madrid 1991.
 - “Comentario al artículo 1056 del Código Civil”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por Manuel Albaladejo, T. XIV, vol. 2º, Edersa, Madrid 1989.
- VICENT CHULIÀ F., “Organización jurídica de la sociedad familiar”, *Derecho de sociedades. Libro Homenaje al profesor Fernando Sánchez Calero*, T. V, McGraw Hill, Madrid 2002.
- VIDAL MARTÍNEZ “Algunos aspectos de la regulación de la sucesión “mortis causa” en el Código Civil español, que favorecen la creación y mantenimiento de las unidades agrarias”, *Revista de Derecho Privado* 1979.