

# PROBLEMÁTICA Y PLANIFICACIÓN DE LA SUCESIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR. PROPUESTAS DE “LEGE FERENDA”.

Toni Ferrús Giner

(tferrus@uoc.edu)

23/06/2019

**Trabajo Final de Grado**

**Curso 18/19 (2º semestre)**

## Índice

<b>RESUMEN</b> .....	<b>3</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>3</b>
<b>1.- BREVE REFERENCIA AL FENÓMENO SUCESORIO. EL DERECHO DE SUCESIONES EN ESPAÑA.</b> .....	<b>4</b>
1.1.- <i>Fundamentos de la sucesión y del Derecho hereditario.</i> .....	4
1.2.- <i>Antecedentes.</i> .....	5
1.3.- <i>Relación del Derecho de sucesiones con otras ramas del Derecho.</i> .....	5
1.4.- <i>El Derecho de Sucesiones en el Código Civil y en la Constitución Española.</i> .....	6
<b>2.- LA EMPRESA FAMILIAR ANTE LA SUCESIÓN.</b> .....	<b>7</b>
2.1.- <i>Concepto de empresa familiar.</i> .....	7
2.2.- <i>La importancia de la empresa familiar, una cuestión social.</i> .....	10
2.3.- <i>Problemática jurídica que se encuentra la empresa familiar ante una sucesión hereditaria. Críticas al actual sistema del Código Civil.</i> .....	12
2.3.1.- <i>Límites a la libertad de testar. El sistema de legítimas.</i> .....	12
2.3.2.- <i>Prohibición de los pactos sucesorios.</i> .....	15
<b>3.- INSTRUMENTOS AL ALCANCE DE LA EMPRESA FAMILIAR. CIERTA FLEXIBILIDAD PERO INSUFICIENTE.</b> .....	<b>17</b>
3.1.- <i>El testamento.</i> .....	17
3.1.1.- <i>Legados y mejoras.</i> .....	18
3.1.2.- <i>Las capitulaciones matrimoniales.</i> .....	19
3.1.3.- <i>La cautela socini.</i> .....	20
3.1.4.- <i>La fiducia sucesoria conyugal.</i> .....	20
3.1.5.- <i>La sustitución fideicomisaria.</i> .....	20
3.1.6.- <i>El artículo 1056.2 CC. El pago de las legítimas en dinero.</i> .....	21
3.2.- <i>Los protocolos familiares.</i> .....	23
<b>4.- PROPUESTAS DE LEGE FERENDA</b> .....	<b>25</b>
4.1.- <i>Libertad de testar y autonomía de la voluntad.</i> .....	25
4.1.1.- <i>Flexibilización de las legítimas.</i> .....	25
4.1.2.- <i>Admisión de los pactos sucesorios.</i> .....	28
4.2.- <i>Hacia un estatuto de la empresa familiar. Regulación de los protocolos familiares.</i> .....	30
4.3.- <i>Qué pueden aportar los Derechos forales.</i> .....	31
<b>CONCLUSIONES.</b> .....	<b>34</b>
<b>VALORACIÓN.</b> .....	<b>34</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.</b> .....	<b>34</b>

## **Problemática y planificación de la sucesión de la empresa familiar. Propuestas de lege ferenda.**

Toni Ferrús (tferrus@uoc.edu)

### **RESUMEN**

La empresa familiar juega un papel importante en nuestra sociedad, pues la mayor parte del tejido empresarial se encuentra representado por este tipo de empresas, lo que la convierte en un instrumento de impulso económico y de generación de empleo, actuando al mismo tiempo como un mecanismo de cohesión social. Por tanto, los poderes públicos deben poner especial atención en su conservación y continuidad, máxime a sabiendas de la problemática que encierra la sucesión de la empresa familiar. Esta problemática es combatida con mayor o menor acierto por los distintos derechos forales vigentes. En cambio, nuestro Derecho común, a pesar de algunos avances, no consigue vencer ese obstáculo, en gran medida, debido a la prohibición de los pactos sucesorios y a la institución de la legítima y su intangibilidad, que encuentran su fundamento en quehaceres decimonónicos. Es por ello que este trabajo aboga por una reforma de nuestro Derecho hereditario común, para adaptarlo a la actual realidad social y empresarial. Sin una modernización de las normas sucesorias resultará imposible garantizar la conservación y continuidad de la empresa familiar.

**Palabras clave:** empresa familiar, conservación, continuidad, sucesión, problemática, reforma, Derecho hereditario.

### **ABSTRAC**

Family-owned businesses play an important role in our society, since they represent a great part of the existing businesses. They are not only an instrument to boost the economy and to promote employment creation but also a mechanism of social cohesion. Therefore, public authorities should pay special attention to their preservation and continuity, especially regarding the obstacles involved in the succession of this type of businesses. Nowadays, these problems are fought, with greater or lesser success, by the different “foral” civil laws existing in Spain (systems in regions with special privileges). However, the Spanish Civil Code, despite some progress, fails to overcome these difficulties, largely due to the prohibition of inheritance agreements and the qualitative impossibility of changing testamentary entitlements, both based on the nineteenth century society. Consequently, this work advocates a reform of our common inheritance law in order to adjust it to the current social and business situation. Without a modernization of the inheritance regulations, it will be impossible to guarantee the continuity and maintenance of family-owned businesses.

**Keywords:** family-owned business, preservation, continuity, succession, problem, reform, inheritance law.

### **INTRODUCCIÓN**

El presente trabajo gira en torno a la problemática de la sucesión de la empresa familiar, siendo abordado en su conjunto desde una perspectiva jurídico-social, pretendiendo efectuar una crítica al actual sistema hereditario contenido en el Código Civil, que aplicado a la empresa familiar dificulta su continuidad tras la sucesión.

La necesidad de abordar este tema reside en la importancia de la empresa familiar, por lo que representa para nuestra economía y el impacto que su desprotección por parte del legislador puede tener sobre la sociedad, en forma de pérdida de puestos de trabajo y desestabilización de la cohesión social. En ese sentido se hace una crítica a la institución de la legítima, tratando las

implicaciones sociales que su actual regulación comporta para las familias, especialmente para el testador y concretamente para el testador empresario, que ve frustrada su voluntad, al no poder disponer expresamente en su testamento del destino de la empresa, de tal manera que esta pueda proseguir como una unidad económica, pues como se verá, el cumplimiento de las legítimas provoca, no en pocas ocasiones, la división de la empresa entre distintos familiares, lo cual es fuente de tensiones y disputas que acaban por condenar a la empresa a su disolución o, en el mejor de los casos, a su venta a terceros ajenos a la familia. En ese mismo sentido, el trabajo contiene una reprobación a la prohibición de la sucesión contractual, que tanto podría ayudar a la ordenación de la sucesión de la empresa familiar, poniendo de relieve los distintos derechos constitucionales que se ven afectados por tal prohibición.

Ante este escenario el presente trabajo se plantea dos objetivos. El primer objetivo, que pasa por asumir el sistema hereditario del Código Civil, en su actual configuración, será analizar las distintas opciones con las que cuenta el testador empresario para planificar la sucesión de la empresa y mostrar sus inconvenientes. Para emprender la planificación de la sucesión no cabe duda de que el testamento juega un papel esencial, pues la sucesión legal o intestada es el principal enemigo para la sucesión de la empresa familiar. Es por ello que en el trabajo se tratan las distintas posibilidades que ofrece el testamento a la hora de planificar la sucesión de la empresa familiar, analizando distintas figuras sucesorias, tanto desde el punto de vista de su utilidad para el testador empresario, como desde el punto de vista de los inconvenientes que presentan, pues en muchas ocasiones resultan insuficientes para satisfacer la voluntad del empresario: la adjudicación de la empresa a un único beneficiario para garantizar su unidad, conservación y continuidad.

El segundo objetivo será encontrar soluciones al problema planteado. Para ello, en el último apartado del trabajo se realizan unas propuestas de *lege ferenda* encaminadas a otorgar un mayor grado de libertad al testador empresario, para que éste pueda ordenar la sucesión de la empresa como mejor tenga por conveniente, lo cual pasa por levantar el veto a la sucesión contractual, admitiendo un mayor abanico de pactos sucesorios cuando está en juego la continuidad de la empresa familiar. Si bien dichos pactos deberán respetar las legítimas, se propone un adelgazamiento de las mismas y mayor flexibilidad en cuanto a su intangibilidad, tanto cuantitativa como cualitativa.

Es importante resaltar que tanto las críticas como las propuestas contenidas en el presente trabajo han tratado de hacerse conjugando todos los elementos necesarios para que su interpretación y aplicación permita guardar el respeto a los distintos derechos constitucionales que entran en juego en el estudio de esta materia, a saber: la protección a la familia, el derecho a la herencia y a la propiedad privada, el derecho a la libertad de empresa y el derecho a libre desarrollo de la personalidad.

## **1.- BREVE REFERENCIA AL FENÓMENO SUCESORIO. EL DERECHO DE SUCESIONES EN ESPAÑA.**

### **1.1.- Fundamentos de la sucesión y del Derecho hereditario.**

Por lo general asociamos la muerte con el vocablo “final”, pues no en vano, la muerte supone el fin de la vida de una persona. En cambio, la muerte, también representa el “principio”. Jurídicamente, el deceso de un ser humano conlleva el nacimiento de derechos y obligaciones para otra u otras personas. La muerte es el hecho desencadenante de la sucesión, y con ella, se germina el Derecho de sucesiones, el cual encuentra su fundamento en la propia muerte.

La sucesión *mortis causa* es la sustitución de una persona, en sus derechos y deberes transmisibles, por otra u otras, por causa de fallecimiento. La parte del Derecho privado que se encarga de regular dicha sucesión “*mortis causa*” es el Derecho de sucesiones. El Derecho de sucesiones se ocupa de proporcionar el conjunto de normas jurídicas que regirán la transmisión de los bienes, derechos (relaciones jurídicas activas) y deberes (relaciones jurídicas pasivas) de la persona después de su muerte. Dicha transmisión se lleva a cabo por medio de un acto jurídico al que denominamos herencia.

Así pues, se puede concluir que la sucesión *mortis causa* y el Derecho hereditario encuentran su razón de ser en el hecho de que la muerte produce la extinción de la personalidad (artículo 32 CC). El fallecimiento de una persona deja una vacante en cuanto a la titularidad de sus bienes y derechos, así como en las relaciones jurídicas que mantenía antes de producirse el óbito. El Derecho de sucesiones actúa para evitar los desórdenes sociales que se originarían si aquel vacío no es ocupado por otra persona. Basta con imaginarse a los clientes y proveedores de un empresario o profesional ante la imposibilidad de proseguir con las relaciones comerciales que mantenían con él (obligaciones pendientes de cumplir, incluso de pago, derechos de crédito, etc.) y la traba que supondría para el tráfico jurídico-económico. Es por ello que resulta, no sólo conveniente, sino que también necesario e imprescindible, que alguien ocupe la posición jurídica del fallecido en cuanto a sus relaciones, bienes y derechos se refiere, pues de lo contrario, la responsabilidad patrimonial del deudor (artículo 1911 CC) se vería vulnerada por el fallecimiento del obligado.

## 1.2.- Antecedentes.

Originariamente, en el Derecho romano el *pater familias* (el cabeza de familia) sólo podía testar en ausencia de *sui* (no necesariamente los hijos, sino los miembros de la familia agnaticia, que a diferencia de la cognaticia, es decir, las personas vinculadas por la procreación y el nacimiento, eran todos aquellos que quedaban bajo la potestad del *pater familias*, todos varones).

Inicialmente el testamento era un acto solemne de última voluntad, que debía contener la institución de heredero y estar destinado a producir efectos tras la muerte del testador. Con posterioridad se reconocieron los codicilos, que otorgaban mayor flexibilidad, pues no estaban sometidos a las formalidades de los testamentos.

Con el paso del tiempo la sucesión se hizo más flexible, pero al mismo tiempo, más compleja, estableciéndose, entre otras instituciones, la legítima, que imponía al testador la obligación de reservar parte de los bienes a determinados parientes, a los cuales había que incluir en el testamento. Esta institución de la legítima ha llegado hasta nuestros días, y hoy denominamos a esos parientes legitimarios o herederos forzosos.

En el Derecho germánico la cualidad de heredero venía atribuida por vínculo sanguíneo. En cierta manera se trataba de una sucesión *ab intestato*, institución que ha perdurado hasta nuestros días, a la cual denominamos sucesión legal.

Durante el Cristianismo, la religión ejerció su influencia sobre el fenómeno sucesorio, proclamando el respeto a la voluntad del difunto; y el Derecho canónico hizo el resto, imponiendo la libertad de testar. Doctrinalmente se habla de que fue la religión cristiana la vía por la que la libertad de testar entró en nuestros ordenamientos.

Estos tres elementos, el romano, el germánico y el cristiano son los que han nutrido al Derecho de sucesiones hasta su configuración actual. El sistema del Código Civil español deriva del romano, como así se deduce de la libertad de testar (respetando los límites de la legítima a favor de parientes próximos y cónyuge), con la innovación, de influencia germánica, de la llamada mejora, consistente en que un tercio de la herencia (uno de los dos que componen la legítima de los hijos), pueda utilizarlo el testador para favorecer en especial a alguno o algunos de dichos legitimarios.

Este breve repaso por los Derechos sucesorios que nos han precedido nos permite hacernos una idea de la vinculación que, a lo largo de la historia, ha existido entre la familia y la herencia.

## 1.3.- Relación del Derecho de sucesiones con otras ramas del Derecho.

Como se ha dicho anteriormente, el Derecho de sucesiones es una parte del Derecho privado, pero más concretamente, se trata de una rama del Derecho civil, que además, se encuentra estrechamente ligado al Derecho patrimonial, dada la incidencia que tiene sobre éste, por cuanto la articulación de la sustitución de personas (el fallecido por sus herederos) actúa sobre la propiedad, la cual cambia de titular. En ese sentido, el Código Civil regula las sucesiones dentro del libro tercero, titulado “De los diferentes modos de adquirir la propiedad”. Igualmente, a nadie se le escapa que el Derecho de sucesiones se sitúa dentro de la esfera del Derecho de familia, dada la estrecha

vinculación existente entre la familia y la sucesión, tal como se ha podido apreciar al hablar de los antecedentes del Derecho de sucesiones. Finalmente, es innegable la convergencia existente entre del Derecho de sucesiones y el Derecho fiscal, que se encarga de gravar el incremento patrimonial que experimentan los herederos y legatarios como consecuencia del cambio de la transmisión lucrativa que entraña la sucesión.

En cualquier caso, hay que reconocer que el Derecho de sucesiones cuenta con sus propias normas y principios, lo cual le convierte en una especialidad dentro del Derecho civil.

#### **1.4.- El Derecho de Sucesiones en el Código Civil y en la Constitución Española.**

Bajo la denominación de “De las sucesiones”, el título III del libro tercero del Código Civil, dedica al derecho hereditario 431 artículos (del 657 al 1087). No es objeto de este trabajo analizar todos estos artículos, pero por su estrecha relación con el tema que se aborda, sí resulta conveniente mencionar algunos de ellos, en concreto aquellos que tienen que ver con las singularidades del testamento y la regulación de la herencia, con el fin de tratar de hacer una primera aproximación a las cortapisas con las que se va a encontrar el testador y que, a la postre, van a condicionar a la sucesión de la empresa familiar.

Tal y como dispone el artículo 658 CC, la sucesión se defiende por la voluntad del hombre, que debe ser manifestada en un testamento (acto de disposición personalísimo descrito en los artículos 667 y 670 CC) válido (acto solemne, el artículo 687 exige la sujeción a las formalidades legales); o a falta de este, por disposición de la ley. A la primera se la conoce como sucesión testamentaria o voluntaria, y a la segunda se la denomina sucesión *ab intestado* (intestada) o legal.

El acto testamentario se caracteriza por ser un acto unilateral (el artículo 669 CC prohíbe los testamentos mancomunados) y revocable, como así se desprende del artículo 737 CC, que además añade que se tendrán por no puestas las cláusulas que invaliden la revocación.

Tal y como ya se ha anticipado, la herencia la conforma el conjunto de bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extinguen por su muerte (artículo 659 CC), y que por tanto son transmisibles a sus herederos o a sus legatarios (los primeros suceden a título universal y los segundos a título particular), sujetos estos, que nos alertan de la obligación de respetar la institución de la legítima, a la que el Código Civil se refiere como la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos (artículo 806 CC), o también legitimarios.

Pero ¿quiénes son los herederos forzosos? La respuesta la encontramos en el artículo 807 CC: En primer lugar los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes; en segundo lugar, y a falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes; y por último el viudo o la viuda en la forma establecida en el Código Civil.

Así pues, la legítima es una limitación que el Derecho de sucesiones impone a la facultad de disponer del causante, un gravamen que pone freno a la libertad dispositiva y distributiva del testador, y que halla su fundamento en la relación familiar, al menos eso es lo que se deduce, no solo de los antecedentes históricos del Derecho de sucesiones, sino también, como acabamos de ver, de su regulación actual, influenciada por la existencia de los lazos afectivos que siempre han caracterizado a las relaciones de familia.

En ese sentido, se hace necesario criticar al legislador, que no ha estado a la altura de los cambios que ha experimentado la sociedad española durante las últimas décadas, pues, salvo cambios de escasa entidad, la regulación del Derecho de sucesiones sigue siendo la misma que fue introducida mediante la promulgación del Código Civil en 1889, la cual otorga un papel prioritario a los familiares del difunto en su sucesión, ya sea imponiendo al testador la reserva de parte de sus bienes en beneficio de aquellos (en la sucesión testada), o bien, estableciendo en su favor un orden preferencial de suceder (en la sucesión intestada).

## 2.- LA EMPRESA FAMILIAR ANTE LA SUCESIÓN.

Como ya se ha anticipado, el testador se va a encontrar con unas limitaciones a su facultad de disponer, debido a la imposición legal de las legítimas, las cuales acaban provocando, en la mayoría de los casos, la proindivisión de sus bienes, con la problemática que ello conlleva, básicamente por los conflictos que surgen entre los cotitulares, ya sea sobre el mantenimiento de dichos bienes, el destino o la finalidad de los mismos, o su propia transmisión.

Si esta es una situación indeseable, cabe pensar cómo afectaría la misma a una empresa, que por su carácter de familiar, no ha podido transmitirse, *mortis causa*, a la persona o personas que, a juicio del testador, se encuentren mejor preparados para sucederle como empresario y garantizar la continuidad de la misma. Basta con imaginar una empresa en manos de distintos propietarios, con intereses contrapuestos, algunos de ellos sin la formación adecuada y, peor aún, sin ningún interés más allá del deseo de vender su parte al mejor postor. Copropietarios unidos por vínculos familiares y ahora también empresariales, un coctel explosivo capaz de cargarse a la más robusta de las empresas en menos de lo que dura un cuarto de generación.

Claro está que si en el patrimonio del empresario que afronta la sucesión existen bienes suficientes como para poder repartirlos sin necesidad de que se produzcan proindivisos, el problema se reduce a las disputas que pudieran generar los lotes de la herencia entre los herederos, los cuales vendrán obligados a pasar por la partición si el testador ha previsto la igualdad de lotes del artículo 1061 CC.

Evidentemente ese no es el caso que se plantea en este trabajo, de hecho, lo más habitual es que el valor de la empresa sea muy superior al del resto de bienes que conforman el patrimonio del testador, o incluso el único bien relevante, pues las empresas familiares se caracterizan por la reinversión de sus beneficios, con lo que la riqueza se va acumulando en la propia empresa. Cuando esto ocurre, y la voluntad del testador, de atribuir la empresa, no puede verse cumplida sin infringir las legítimas, entonces surge la problemática de la sucesión de la empresa familiar, cuyo estudio es objeto del presente trabajo.

### 2.1.- Concepto de empresa familiar.

Al contrario de lo que cabría pensar, no existe un concepto unitario de empresa familiar, del todo lógico por otra parte, si observamos que no existe una regulación específica de la empresa familiar, algo ciertamente criticable desde el punto de vista jurídico, puesto que por su particular tipología, la empresa familiar es origen de conflictos singulares (cuestiones personales, familiares, económicas, socio-culturales y, como no, generacionales), cuya resolución no está prevista por las leyes de Derecho mercantil y societario. Por ello, y por la importancia que la empresa familiar tiene en nuestro tejido empresarial, la empresa familiar es merecedora de un estatuto propio.

La empresa familiar por lo general encuentra su acomodo en la actual Ley de Sociedades de Capital, que mediante el Real Decreto Legislativo (en adelante RDL) 1/2010 de 2 de julio, regula las formas jurídicas de Sociedad Limitada, Sociedad Anónima y Sociedad Comanditaria por Acciones.

Si bien es cierto que existen negocios familiares que funcionan bajo la figura del empresario individual, estas empresas suelen optar por elegir alguna de las formas societarias mencionadas (normalmente sociedad limitada, o anónima las más grandes), dadas las ventajas que estas ofrecen respecto de la empresa individual, a saber: a) fiscalmente tributan a un tipo impositivo fijo en el Impuesto sobre Sociedades (en adelante IS), con lo que evitan la progresividad del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante IRPF); b) limitan su responsabilidad personal, pues permiten separar el patrimonio empresarial del personal; c) permiten una mejor planificación de la sucesión de la empresa, pues al estar dividido su capital en acciones o participaciones, facilita su transmisión; d) los estatutos sociales actúan como instrumento de autorregulación y; e) la estructura societaria permite la adopción de órganos de gobierno colegiados, lo que posibilita el acceso a varios miembros de la familia.

Dicho esto, la única referencia legislativa al concepto de empresa familiar la encontramos en el Real Decreto (en adelante RD) 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, que en el primer párrafo de su Exposición de Motivos define a la empresa

familiar, a la cual denomina “sociedades de carácter familiar en sentido amplio”, como “aquéllas en las que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí”.

El resto de referencias legislativas que pudieran guardar cierta relación con la empresa familiar no ofrecen una definición de la misma. En ese sentido, distintas normas tributarias, a las que posteriormente se aludirá, contienen preceptos que, en aras de otorgar determinados beneficios fiscales encaminados al mantenimiento de participaciones empresariales en el seno de la familia, imponen unos requisitos en cuanto al porcentaje de participación y el ejercicio de funciones de dirección o gerencia en la empresa.

Pero a efectos de lo que interesa en este trabajo, debemos de partir de la idea de empresa familiar como el conjunto de dos elementos. En palabras de FERRER VANRELL, la empresa familiar está anclada en dos importantes elementos, la Familia y el Trabajo. Y añade que la empresa familiar está formada por dos componentes, Empresa y Familia; del análisis de estos dos componentes resultará el concepto de Empresa Familiar<sup>1</sup>, si bien cabría añadir un tercer elemento, la propiedad. Y de hecho, en ese sentido se mueven las aportaciones doctrinales al concepto de empresa familiar, tal y como se puede apreciar en la siguiente recopilación, recogida por ROCA JUNET<sup>2</sup>:

Una empresa en la cual los miembros de la familia tienen el control legal sobre la propiedad (LANSBERG, PERROW y ROGLOSKY, 1988).

Una empresa en la que la propiedad de control está atribuida a algún miembro o miembros de una familia única (BARNES y HERSHON, 1989).

Una empresa en la que una familia posee la mayoría del capital y tiene control total. Los miembros de la familia también forman parte de la dirección y toman las decisiones más importantes (GALLO y SVEN, 1991).

Una empresa que será transferida a la siguiente generación de la familia para que la dirija o la controle (WARD, 1995).

Aquella en que la propiedad y la gestión están concentradas dentro de una unidad familiar, en tanto en cuanto sus miembros luchan por obtener, mantener o incrementar la conexión organizacional basada en la familia (ITZ, 1995).

Es una empresa en la cual los fundadores y sus herederos han contratado a gestores profesionales, pero siguen siendo accionistas decisivos, ocupando cargos ejecutivos de dirección y ejerciendo una influencia decisiva sobre la política de empresa (CHIJRCH, 1996).

No obstante, el elemento familiar debe proyectarse hacia el futuro para ser incluido en el concepto jurídico de empresa familiar. Y es que el hecho, de forma aislada, de que una familia controle una empresa, no debería ser suficiente para calificarla como empresa familiar. Desde mi punto de vista se requiere además, una clara vocación de continuidad, una voluntad patente de hacer perdurar la propiedad de la empresa, o las participaciones, en el seno de la familia. En ese sentido me parece acertada, si bien demasiado sucinta, la definición de WARD, cuando se refiere a la empresa que será transferida a la siguiente generación de la familia para que la dirija o la controle. Indiscutiblemente, ese elemento generacional debe figurar en el concepto de empresa familiar.

Igualmente, existe cierta contradicción en algunas de las definiciones que circulan sobre empresa familiar. Dicha contradicción gira en torno a la noción que se tiene sobre el concepto de control empresarial. Obsérvese cómo se refería a las empresas familiares el Senador GOMERO RUIZ en un pleno del Senado en el año 2000<sup>3</sup>:

---

<sup>1</sup> FERRER VANRELL, M.P.: “La problemática de los protocolos familiares en el ámbito sucesorio. La sucesión contractual como elemento de firmeza”, en El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista. Tomo II.

<sup>2</sup> ROCA JUNYET, M: “La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario”, en la obra El patrimonio familiar y empresarial. Sus protocolos, coordinado por M. Garrido Melero y J.M. Fugarido Estivill, tomo IV, Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar, coordinado por V.M. Garrido de Palma, Consejo General del Notariado. Bosch, Barcelona, 2005, pág. 30.

<sup>3</sup> Moción del Grupo Parlamentario Popular en el Senado por la que se insta al Gobierno a que, en el plazo más breve posible, remita a las Cortes Generales un proyecto de estatuto jurídico de la empresa familiar.



“Se pueden considerar empresas familiares a todas las sociedades y empresas individuales que desarrollen sus actividades económicas, industriales y de producción de bienes y servicios, o administren y gestionen participaciones directas o indirectas de sociedades que desarrollan tales actividades y que están participadas de manera significativa por un grupo familiar que actúa con vocación de continuidad bajo una unidad de decisión y dirección en las que al menos un miembro del grupo familiar interviene de manera efectiva en la gestión de la empresa, ostentando la capacidad de decisión sobre los aspectos más relevantes que le conciernen a la sociedad familiar. En este sentido, se puede considerar que la participación significativa del grupo familiar, a los efectos de la definición anterior, supone el cumplimiento de lo siguiente. En primer lugar, que la persona de la familia detente de manera directa o indirecta una participación igual o superior al cinco por ciento. En segundo lugar, que el grupo familiar formado por cónyuges, ascendientes, descendientes y colaterales hasta el cuarto grado inclusive detente conjuntamente de manera directa o indirecta una participación de al menos el 20 por ciento”.

La primera parte de la definición me parece acertada, por cuanto delimita el concepto de empresa, excluyendo a las sociedades patrimoniales o de mera tenencia de bienes, las cuales no ejercen actividad económica alguna, y además, incluye el elemento generacional. En cambio, al analizar la segunda parte de la definición es cuando aparece la contradicción en cuanto al significado de control empresarial. Los porcentajes de participación a los que alude el Senador GOMERO RUIZ han sido extraídos de las normas fiscales a las que anteriormente se ha hecho alusión. En concreto, la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio (en adelante IP), en su artículo cuarto, que declara exentas de tributación las participaciones en entidades cuando se cumplan una serie de requisitos, entre los que se encuentra: “que la participación del sujeto pasivo en la entidad sea al menos del 5 por ciento computado de forma individual, o del 20 por ciento conjuntamente con su cónyuge, ascendientes, descendientes o colaterales de segundo grado, ya tenga su origen el parentesco en la consanguinidad, afinidad o adopción.” Por otra parte, la Ley 27/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante ISD) remite al anterior artículo de la Ley del IP para exigir el mismo requisito a la hora de aplicar la reducción en la base imponible por adquisición de participaciones.

Tales porcentajes de participación me parecen insuficientes para considerar que la familia ejerce el control sobre la empresa, pues aunque algún familiar ejerciera funciones de dirección y gerencia, siempre estará expuesto a la decisión de los órganos de gobierno, que incluso pueden relegarlo en sus funciones. El control debe de ser total y efectivo<sup>4</sup>, o en otras palabras, la toma de decisiones estratégicas, que van a determinar el rumbo de la empresa, debe estar en manos de la familia. Para ello, sería necesario contar con más del 50<sup>5</sup> por ciento de del capital social, si bien, tratándose de empresas cotizadas podría bastar con un 25<sup>6</sup> por ciento del capital con derecho de voto. Por tal motivo, no me parece acertado utilizar el contenido de las normas fiscales para definir a la empresa familiar.

Con todo, y a pesar de la indefinición del concepto, se puede extraer que una empresa familiar debe reunir las siguientes notas características:

- 1) Se trata de una empresa que, sin importar su tamaño, ejerce una actividad económica, con independencia de su forma jurídica, ya sea una sociedad civil o mercantil, o incluso una empresa individual.
- 2) La empresa no solo está participada por una familia o grupo familiar, sino que ostenta una participación mayoritaria, suficiente para ejercer el control efectivo sobre la misma, para lo

---

<sup>4</sup> La “Guía de la Pequeña y Mediana Empresa familiar” (publicada por la Dirección General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa), la define como aquella en el que una parte **esencial** de su propiedad se encuentra en manos de una o varias familias, cuyos miembros intervienen de forma **decisiva** en la administración y dirección de los negocios. Puede verse en [www.ipyme.org](http://www.ipyme.org).

<sup>5</sup> El grupo de expertos creado por la Comisión Europea en 2007, para estudiar el fenómeno de la empresa familiar e identificar las políticas de soporte más adecuadas, habla de la mayoría de los derechos de decisión. Se entiende que dicha mayoría únicamente se garantiza con más del 50 por ciento.

<sup>6</sup> El grupo de expertos creado por la Comisión Europea considera que las empresas cotizadas cumplen los requisitos de ser empresas familiares cuando la persona que creó o adquirió la empresa, sus familias o sus descendientes poseen un 25% de los derechos de decisión correspondientes al conjunto del capital social.

cual no se requiere que algún miembro de la familia gestione directamente la empresa, pues dicha misión puede delegarse en un profesional. Lo importante es la dirección estratégica.

- 3) La familia tiene una voluntad continuista, manifestada en su estrategia empresarial, de tal manera que planifica su transmisión a generaciones futuras.

Una empresa que reúna estas características se encuentra dentro del ámbito de la problemática de la empresa familiar que se estudia en este trabajo, y ello incluye a las microempresas y a los empresarios individuales.

## **2.2.- La importancia de la empresa familiar, una cuestión social.**

Las empresas familiares constituyen la columna vertebral de la economía española, tanto por su relevancia cuantitativa, al representar el 90% del tejido productivo, el 60% del valor añadido bruto y el 70% del empleo privado, como por importancia cualitativa, que ha quedado patente, por ejemplo, durante la crisis, al demostrar un mayor compromiso con el entorno y en concreto con el empleo, aún a costa de una menor rentabilidad<sup>7</sup>.

Los resultados obtenidos en el estudio “La empresa familiar en España (2015)” son elocuentes: las empresas familiares representan el 90 por ciento de las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, y son responsables tanto del 60 por ciento del valor añadido bruto como del 70 por ciento de empleo generados por el conjunto del sector privado. O en otras palabras, España cuenta con 1,1 millones de empresas familiares (del total de 1,25 millones de sociedades mercantiles existentes) que, de manera directa, aportan anualmente a la economía un valor añadido equivalente a 262.000 millones de euros y en torno a 7 millones de puestos de trabajo (de los 460.000 millones de euros y los 10 millones de empleos generados por las sociedades mercantiles del sector privado). De hecho, en términos de empleo, las empresas familiares aportan aproximadamente a la economía el doble de puestos de trabajo que las empresas no familiares. Las empresas familiares son, por lo tanto, la columna vertebral de la economía española<sup>8</sup>.

Si bien estos datos se refieren a los tiempos actuales, esta transcendencia en términos económicos y de generación de empleo de la empresa familiar se remonta a varias décadas atrás. Dicha importancia no ha pasado desapercibida para el legislador, y queda reflejada en los beneficios fiscales que leyes como la del IP y del ISD introdujeron en sus redactados en la década de los noventa. No obstante, tal y como se ha comentado en el apartado anterior, estas normas no abordan la problemática de este estudio, pero sí que vienen a significar una parte de las implicaciones sociales que representa la empresa familiar, pues con ellas se trata de incentivar el mantenimiento de las empresas en el seno de la familia, máxime a sabiendas de que solo el 30 por ciento de las empresas calificadas como familiares consigue sobrevivir a la transición de la primera a la segunda generación, y de ellas, únicamente el 15 por ciento consigue alcanzar la tercera generación familiar<sup>9</sup>.

El conjunto de estos datos evidencian el impacto que la elevada tasa de mortalidad de las empresas familiares supone para la economía y la repercusión que ello tiene sobre el grave problema social que representa el desempleo.

Pero además de su importancia económico-social, la empresa familiar también actúa como un instrumento de cohesión social, así, en el ámbito de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, la empresa familiar nos aporta un dato optimista. Es de sobra conocido que la propiedad de las empresas y los puestos directivos han sido históricamente un coto privado de los hombres, en cualquier tipo de empresa. En la empresa familiar venimos de un pasado en el que la sucesión estaba reservada para el hijo primogénito, al que le sucedió un presente en el que cualquier sucesor es bueno si se trata de un heredero hombre. Por suerte, la tendencia está cambiando, y en ese sentido, la empresa familiar, no sólo por una mayor conciencia, sino por sus propias características intrínsecas, favorece, además de la sucesión en la propiedad de la empresa hacia la mujer, también

---

<sup>7</sup> Fuentes: Estudio “La empresa familiar en España”. 2015 y “Factores de competitividad y análisis financiero en la empresa familiar. 2018, Instituto de empresa familiar. [www.iefamiliar.com/publicaciones](http://www.iefamiliar.com/publicaciones)

<sup>8</sup> Extracto del estudio “La empresa familiar en España”. 2015. Publicado por el Instituto de la Empresa Familiar, bajo la dirección de Juan Corona, actuando de coordinadora Isabel del Sol.

<sup>9</sup> Fuente: Instituto de la empresa familiar.

su incorporación a puestos de responsabilidad. Cada vez son más las mujeres que se hacen cargo de sus empresas familiares y ocupan puestos de dirección. En la actualidad, a nivel mundial, las mujeres suman aproximadamente un 12% de los líderes de empresas familiares, lo que representa un incremento del 40% desde 1.996<sup>10</sup>. A nivel nacional las mujeres representan un 30% de los puestos directivos en las empresas españolas<sup>11</sup>, alcanzándose el 40% en el ámbito de la empresa familiar. Obsérvense los siguientes datos de la participación femenina en los órganos de gobierno: Administrador único 20%. Equipo directivo 28%. Administradores mancomunados o solidarios 30%. Consejo de administración 32%. Junta de accionistas 33%. Consejo de familia 39%. Asamblea familiar 41%<sup>12</sup>. La presencia de la mujer es mayoritaria en los órganos relacionados con el ámbito familiar.

Por otra parte, las empresas familiares representan una serie de valores éticos y de compromiso con la sociedad, a saber: muestran un mayor compromiso social; apuestan en mayor medida por la calidad; a diferencia de las empresas no familiares, no persiguen un beneficio a corto plazo, sino que cuentan con una planificación a largo plazo que les obliga a reinvertir los beneficios con los que capitalizarse para emprender proyectos de futuro sin tener que endeudarse en exceso.

Finalmente, a continuación se citan unos datos que vienen a demostrar que el fenómeno de la empresa familiar traspasa fronteras: En la Unión Europea existen más de catorce millones de empresas familiares (family businesses), que aportan alrededor del 50% del producto interior bruto (en adelante PIB) y generan más de sesenta millones de puestos de trabajo en el sector privado<sup>13</sup>.

Es por todo ello, que los poderes públicos no pueden pasar por alto el perjuicio que la desaparición de las empresas familiares causa a la sociedad, y deberían trabajar en la adopción de normas jurídicas que faciliten la perdurabilidad de este tipo de empresas.

En ese sentido, en el año 2000 se creó, en el seno de la Comisión de Hacienda del Senado, la Ponencia de Estudio para la Problemática de la Empresa Familiar, que redactó un informe<sup>14</sup> en el que se ponía de manifiesto el interés del legislador por la problemática específica de la empresa familiar. Dicho informe concluyó con una serie de recomendaciones, entre las que destaca la de recomendar a la empresa familiar la formalización de un protocolo familiar, del cual se hablará en este trabajo en dos apartados distintos.

Si el informe fue decepcionante, por no concluir en la necesidad de la elaboración de un estatuto específico para la empresa familiar, la posterior norma que tenía como misión la regulación de los protocolos familiares, no lo fue menos, por cuanto el RD 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares (en adelante RDPPF), como su propio nombre indica, lejos de abordar de forma sistemática, global y unitaria la figura del protocolo familiar, se limita a la regulación de su publicidad.

En definitiva, mucha preocupación, pero pocas soluciones jurídicas. Queda patente pues, que, a fecha de hoy, nos encontramos sin una regulación de la empresa familiar y ante la más absoluta ausencia de normas jurídicas que traten de aportar soluciones a los problemas a los que se enfrenta esta institución.

De estos problemas se hablará en el siguiente apartado, y de cómo influyen y afectan a la gran preocupación de la empresa familiar, la sucesión de la empresa, cuya problemática es objeto del presente trabajo y la principal causa de la desaparición de empresas familiares en segundas y sucesivas generaciones.

---

<sup>10</sup> ALDERSON, K.: “Understanding the Family Business”, NY. Business Expert Press, 2001.

<sup>11</sup> Fuente: Informe “Women in business 2019”, elaborado por Grant Thornton.

<sup>12</sup> Fuentes: Estudio “La empresa familiar en España”. 2015 y “Factores de competitividad y análisis financiero en la empresa familiar. 2018, Instituto de empresa familiar. [www.iefamiliar.com/publicaciones](http://www.iefamiliar.com/publicaciones)

<sup>13</sup> Fuente: [www.europeanfamilybusinesses.eu](http://www.europeanfamilybusinesses.eu). European Family Businesses es una federación de asociaciones nacionales que representan a empresas familiares.

<sup>14</sup> Informe publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 23 de noviembre de 2001.

### **2.3.- Problemática jurídica que se encuentra la empresa familiar ante una sucesión hereditaria. Críticas al actual sistema del Código Civil.**

Quando el fundador de una empresa tiene que enfrentarse a la sucesión se encuentra básicamente con dos problemas: la fiscalidad de la sucesión y los conflictos derivados del traspaso generacional. El primer problema puede resolverse con una adecuada planificación fiscal, apoyándose en las propias normas fiscales, que tratan de mitigar los problemas derivados de la tributación de la sucesión mediante deducciones y bonificaciones en el ISD, de forma que la presión fiscal no desincentive la sucesión de la empresa familiar. El segundo problema presenta mayores inconvenientes jurídicos. Si bien aquí también es importante la planificación, en el ámbito civil, a pesar de algunos esfuerzos, siguen existiendo obstáculos que dificultan la sucesión de la empresa familiar.

Tal como se ha visto, y a continuación se incidirá en ello, las normas de derecho sucesorio contenidas en el Código Civil restringen la voluntad del causante de forma que éste no puede disponer con total libertad de sus bienes para después de su muerte.

La principal consecuencia de esta cortapisa es que los bienes del causante acaban en manos de sus herederos en forma de proindiviso, lo que acaba generando tensiones entre los familiares que le suceden. Así pues, si el hecho de poseer un inmueble entre varias personas en proindiviso ya presenta inconvenientes, es fácil imaginar lo complicado que resultará dirigir y gestionar una empresa entre varias personas, con distintas ideas, distintos intereses, diferentes visiones del negocio, etc. Dificultades que se agravan en el caso de la empresa familiar por el componente emocional que subyace del vínculo familiar; la confusión entre los conceptos familia, propiedad y gestión<sup>15</sup> provoca tensiones y disfunciones que pueden llegar a paralizar el funcionamiento de la empresa: socios que trabajan en la empresa y socios que no trabajan; sueldos y otros privilegios que se asignan los socios trabajadores; inversiones en bienes improductivos, tales como turismos, inmuebles y otros para uso particular; trato de favor que dispensan algunos socios con otros parientes o amistades; lucha entre parientes por el poder, etc. Todo ello pone en peligro la continuidad de la empresa.

El empresario, a sabiendas de que todos estos problemas pueden acabar condenando la empresa a su venta o disolución, tiene preferencia por alguno de sus sucesores para legarle la empresa (normalmente en la persona de aquel que se encuentra mejor preparado, o ha mostrado mayor interés por el negocio familiar, aunque no tiene porqué ser un heredero forzoso), de forma que ésta se mantenga como una unidad económica, preservando su indivisión, consciente de que ello favorecerá la continuidad de la empresa familiar.

En cambio la realidad es otra. En la actualidad, el testador empresario no cuenta con los mecanismos legales suficientes que le proporcionen la libertad de decidir (pensando en la mejor opción en pro de la continuidad de la empresa) a quién confiar el negocio familiar, pues el actual sistema de legítimas y la prohibición de los pactos sucesorios del Código Civil se lo impiden.

#### **2.3.1.- Límites a la libertad de testar. El sistema de legítimas.**

La definición legal de la legítima se encuentra contenida en el artículo 806 CC: “La legítima es la porción de bienes que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos”.

Se trata, en definitiva, de una cuota a la que tienen derecho los parientes en línea recta (o sea, que no existe legítima de hermanos) y el cónyuge de cualquier persona en el patrimonio de ésta, a percibir a partir de su muerte, salvo que ya se hubiera recibido en vida. Implica por tanto, una limitación a la libertad de testar, puesto que una persona con ascendientes o descendientes, o sin ellos pero casada, no puede disponer libremente (mediante actos de disposición a título gratuito) de todo su patrimonio. Tal como puede observarse, la protección de la legítima alcanza a los actos

---

<sup>15</sup> De la interacción de estos tres elementos (familia, propiedad y gestión), surge un complejo entramado de situaciones representadas en el modelo de tres círculos fruto de las investigaciones de Lansberg (1983), Ward (1991) y Tagiuri y Davis, (1996), entre otros. Para saber más sobre el modelo de los tres círculos: “Generation to Generation: Life Cycles of The Family Business”. LANSBERG, I. y otros. Harvard Business School Press. 1997.

realizados inter vivos, como las donaciones que han de computarse y reducirse en su caso (artículo 819 CC). Y además, como cláusula protectora de cierre, el artículo 816 CC prohíbe los pactos de renuncia a la legítima.

Centrándonos en la sucesión testamentaria, el artículo 807 CC designa como herederos forzosos, en primer lugar a los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes, y en segundo lugar, a falta de los anteriores, a los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. Finalmente también se otorga al cónyuge viudo una cuota legitimaria.

Así pues, la institución de la legítima encuentra su fundamento en la familia. Para VAQUER ALOY<sup>16</sup> dos son los posibles fundamentos de la legítima (ambos relacionados con el concepto de familia): La legítima como un derecho legal en interés de determinados allegados del causante (los legitimarios); o entender que es una manifestación del principio de solidaridad intergeneracional. Concluye VAQUER ALOY<sup>17</sup> que la legítima es un deber de contenido económico que pesa sólo sobre el causante y que halla su fundamento en la relación familiar. Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (en adelante TSJC), con respecto al fundamento de la legítima se pronuncia en los siguientes términos: “el principio de solidaridad familiar en que se funda la legítima”<sup>18</sup>.

Pues bien, ese fundamento de la legítima es lo que no encaja en la modernización que exige la sociedad actual al Derecho de sucesiones. A continuación se exponen algunos ejemplos que muestran el injusto que se produce cuando la libertad de disponer se encuentra gravemente restringida por el Estado, mediante la imposición del sistema de legítimas:

Un matrimonio cuyo patrimonio lo conforma única y exclusivamente la vivienda habitual, la cual ha sido adquirida, pagada y mantenida con el esfuerzo de ambos durante muchos años de su vida, se encuentran con que no pueden legarse uno al otro su respectiva parte de la vivienda, puesto que deben respetar las legítimas de sus hijos. A pesar de que pudiera parecer que el cónyuge viudo queda protegido por su propia legítima (el usufructo del tercio de libre disposición), o incluso por la cautela *socini* (el usufructo vitalicio de todos los bienes del causante), ello resulta engañoso, pues el hecho de que la nuda propiedad quede en manos de los descendientes, obstaculiza la venta del inmueble, cosa que en algún momento puede resultar necesaria para con el dinero obtenido, sufragar los costes de una residencia. Ello obliga a algunos matrimonios, con algo más de recursos, a otorgar capitulaciones matrimoniales pactando el régimen de separación de bienes, con el objeto de adquirir cada uno su casa en propiedad y así no tener que contar con los hijos para la liquidación de la sociedad de gananciales.

Otro caso, más paradójico si cabe, sería el de una persona casada y sin hijos, cuyo único patrimonio lo constituye la vivienda, o la vivienda y un negocio familiar, construido entre ambos, y que no puede dejarlo en herencia íntegramente a su cónyuge, porque la legítima de los ascendientes se lo impide. Y digo paradójico por lo absurdo que resulta tener que dejar un negocio a unos padres de edad avanzada, siendo que estos no se encuentran en condiciones de proseguir con el negocio, que por otro lado ha sido forjado con el esfuerzo del cónyuge, titular de la otra mitad. O incluso tratándose de una vivienda, no deja de ser paradójico que un cónyuge no pueda dejar a su viudo o viuda su cuota de la vivienda habitual adquirida entre ambos, por tener que respetar la legítima de los ascendientes.

Por no hablar de aquellos casos en los que los hijos, sin incurrir en causas legales de desheredación, ya no asumen el cuidado y atención afectiva de sus padres, quienes, en cumplimiento de la legítima, no podrán dejar sus bienes a la persona que les cuida.

En cuanto a la empresa familiar, las legítimas impiden que el traspaso generacional se lleve a cabo conservando su indivisión. El reparto de la empresa entre los legitimarios, si bien no supone un desmembramiento de la empresa, propiamente dicho, sí que provoca la división intelectual de la misma, que como ya se ha visto es la causa de tensiones y disputas que pueden acabar con la venta o disolución de la empresa. En tal caso, el testador no puede dejar la empresa a uno sólo de sus

---

<sup>16</sup> VAQUER ALOY: “Acerca del fundamento de la legítima”. Revista Indret 4/2017, pág. 2.

<sup>17</sup> VAQUER ALOY: “Acerca del fundamento de la legítima”. Revista Indret 4/2017, pág. 5.

<sup>18</sup> STJC núm. 45/2016, de 13 de julio de 2016.

hijos, por cuanto no puede privar al resto de su legítima legal. O incluso yendo más lejos, puede darse el caso de que un empresario quiera designar a un tercero, no legitimario, para que continúe la empresa, pues ninguno de sus hijos, ya mayores e independientes, se ha preocupado nunca del negocio familiar. Resulta fácil imaginar el destino que estos hijos darán al negocio familiar cuando lo reciban en herencia.

Hoy en día, en el actual contexto socioeconómico en el que nos encontramos, pierde valor sostener que la legítima ejerce una función social y encuentra su fundamento en los deberes familiares, o en la solidaridad intergeneracional<sup>19</sup>. Dicha solidaridad lleva implícita la idea de reciprocidad, y por tanto, no es posible hablar de protección a la familia cuando un miembro de la misma ostenta, por ley, el derecho de recibir una parte de la herencia, incluso sin haber contribuido al bienestar de los demás miembros. No hay que olvidar que las únicas causas de desheredación (de padres a hijos) que contempla el Código Civil son las de indignidad contenidas en el artículo 756 CC y las de desheredación propiamente dichas, contenidas en el artículo 853 CC: “Haber negado, sin motivo legítimo, los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda” y “Haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra”. Así pues, la desvinculación afectiva, por sí misma, no supone motivo alguno de desheredación. Y es precisamente la pérdida de esos lazos afectivos lo que distingue a la actual sociedad de la sociedad de antaño, o sin ir más lejos, incluso de la del siglo XIX y principios del siglo XX, con circunstancias sociales y económicas muy distintas a las actuales. Poco, o nada, queda de aquella España rural en la que todos los miembros de la familia habitaban en la misma casa y colaboraban conjuntamente en las labores agrarias, o en las profesiones artesanales tan extendidas en aquella época. La familia giraba en torno a la casa, y ésta era su emblema, incluso recibía el nombre de la familia. Al igual que la casa, el patrimonio empresarial, ya fueran los campos, la pequeña industria, o el local donde se desarrollaba la profesión artesanal, todos ellos, eran elementos de cohesión de la familia, y que, a mayor abundamiento, eran traspasados de una generación a otra. Esta idiosincrasia fue desapareciendo a medida que el proceso migratorio de las zonas rurales a las ciudades se hizo cada vez más patente. Y esa migración hoy en día tiene una mayor extensión, pues la situación del mercado laboral obliga a desplazamientos a otras ciudades, o incluso a tener que emigrar fuera del país. Qué duda cabe de que ello acaba desmembrando a las familias, lo que provoca en muchas ocasiones la pérdida de los lazos afectivos que históricamente han caracterizado a las relaciones familiares. Aun manteniendo ese vínculo emocional, el actual contexto socioeconómico dificulta que los hijos puedan permanecer junto a sus padres hasta el final de sus días, atendiendo y procurando sus necesidades, y no sólo por una cuestión de alejamiento físico, pues incluso manteniéndose cerca, en ocasiones no es posible que los hijos presten los debidos cuidados a sus padres, ya sea por falta de preparación o por falta de recursos económicos, lo que obliga a tener que ingresarlos en residencias de ancianos.

Llegados a este punto cabría preguntarse si la institución de la legítima, tal como se concibe en la actual regulación del Código Civil, se ajusta a la realidad social, que como acaba de observarse, demanda un cambio sustancial en el Derecho hereditario en cuanto a la libertad de testar se refiere. Determinar cuál es el fundamento de la legítima resulta esencial, pues el artículo 3.1 CC dispone que las normas deben interpretarse atendiendo fundamentalmente a su espíritu y finalidad. Por su parte, el artículo 33 CE establece que “se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia”, y prosigue diciendo que “la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes”. Como cualquier otro derecho constitucional, el derecho a la propiedad privada y el derecho a la herencia emanan de la piedra angular de todo el sistema de derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, es decir, el artículo 10 CE, que promulga el libre desarrollo de la personalidad, o en otras palabras, la libertad de la persona. Estos tres preceptos puestos en relación revelan que la libertad de disponer constituye el contenido esencial del derecho de propiedad e igualmente, el contenido esencial del derecho a la herencia, lo constituye esa libertad que subyace del libre desarrollo de la personalidad, libertad que alcanza a la acción de nombrar sucesores. Por tanto, cualquier límite a la libertad de disponer ha de tener como fundamento una función social.

Pues bien, si de lo expuesto anteriormente se puede extraer que la legítima ya no cumple la función social que hasta hace un tiempo fundamentaba su imposición legal (deberes familiares y protección a la familia o solidaridad intergeneracional), entonces se puede concluir que el actual sistema

---

<sup>19</sup> VAQUER ALOY: “Acerca del fundamento de la legítima”. Revista Indret 4/2017, pág. 7.

legitimario del Código Civil menoscaba el derecho a la libertad, y por ende el derecho a la propiedad. En ese sentido resulta más que defendible abogar por una reforma del actual sistema de legítimas, a fin de adaptarlo a la nueva realidad social.

Finalmente, para no dejar lugar a dudas respecto a la pérdida de fundamento de la legítima, decir que el principio constitucional de protección a la familia amparado en el artículo 39 CE queda sobradamente cumplido por los padres que satisfacen el derecho de alimentos de sus hijos, que atienden todas sus necesidades mientras son menores, que cumplen con sus deberes educacionales y que en muchos casos les proporcionan unos estudios secundarios e incluso universitarios; o tratándose de hijos que no quieren estudiar, permanecen en casa al abrigo económico de sus padres. A mayor abundamiento, la legítima, por regla general, no viene condicionada por la situación de necesidad de los legitimarios, ni tampoco por las atenciones prestadas al causante.

Los padres que cumplen con creces con el deber constitucional del artículo 39 CE no se merecen ser privados de derechos constitucionales tales como el como el del libre desarrollo de la personalidad y otros que derivan de éste, como el derecho a la propiedad. Nadie cuestiona que el principio constitucional de protección a la familia debe preservarse, pero cabe preguntarse si debe hacerse a costa de restringir el derecho de una persona a decidir libremente sobre el destino de sus bienes, al menos con el alcance con el que actualmente cuenta la institución de la legítima.

### 2.3.2.- Prohibición de los pactos sucesorios.

La regla general en nuestro ordenamiento jurídico es la de la prohibición de la sucesión contractual, también conocida bajo la terminología de pactos sucesorios, si bien existen determinados preceptos del Código Civil que de forma más o menos restringida la permiten. No se trata de una prohibición expresa, pero se deduce de lo establecido en los siguientes preceptos. El artículo 658 CC sólo admite la sucesión testada e intestada: “La sucesión se defiere por voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria y, la segunda legítima. Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley”. Se trata pues de una enumeración taxativa de los tipos de sucesión mortis causa, en la que no se refiere en ningún momento a la sucesión contractual, por lo que cabe entender que se encuentra excluida. El artículo 816 CC, tratado en el apartado anterior, declara nula la renuncia y la transacción sobre la legítima futura. El artículo 991 CC establece que: “Nadie podrá aceptar ni repudiar sin estar cierto de la muerte de la persona a quien haya de heredar y de su derecho a la herencia”. Finalmente, el artículo 1271 CC dispone: “Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056 CC”.

El origen de esta prohibición se remonta al Derecho Romano, que a pesar de que inicialmente contemplaba la sucesión contractual en la forma de testar *calatis comitiis*<sup>20</sup>, pronto se vio desplazada por el principio de libertad testamentaria, incompatible con la sucesión contractual, de forma que esta última quedó desterrada. Ciertamente, los pactos sucesorios como forma de ordenar la sucesión, menoscaban la libertad de testar, entendida esta en el sentido de que la voluntad de disposición de los bienes de una persona debe permanecer intacta hasta el mismo momento de su muerte. Los defensores de la libertad de testar afirman que la voluntad del hombre es mudable, por lo que no puede quedar vinculada en el nombramiento de un heredero, cosa que ocurre en la sucesión contractual, la cual, por su naturaleza de negocio jurídico bilateral tiene fuerza vinculante y su contenido no puede ser modificado de forma unilateral por ninguno de sus otorgantes, siendo necesario un nuevo acuerdo entre los mismos sujetos. En cambio, la libertad testamentaria permite cambiar el testamento cuantas veces uno lo considere oportuno. En este sentido, el artículo 737 CC establece que todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables; y según el artículo 739 CC, el testamento anterior queda revocado de derecho por el posterior perfecto.

En efecto, es cierto que la sucesión contractual impide la posterior manifestación de una nueva voluntad testamentaria, pero no es menos cierto que la libertad de testar, tal cual se encuentra

---

<sup>20</sup> El *paterfamilias*, ante los comicios convocados al efecto, declaraba a quien elegía por heredero.

concebida, y al igual que ocurre con el sistema de legítimas, supone un freno al libre desarrollo de la personalidad, por cuanto degrada el principio de la autonomía de la voluntad. La base de la teoría general de los contratos en nuestro Derecho es el principio de la libertad contractual (principio de la autonomía de la voluntad), que implica el reconocimiento de un poder de autorregular los propios objetivos e intereses que las partes desean y que se traduce en que el individuo tiene plena libertad para decidir si contratar o no contratar, así como para elegir con total libertad el tipo de contrato, pudiendo este ser atípico, dentro de los límites legales del artículo 1255 CC, que establece que: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público”.

Así pues, siendo el fundamento de la sucesión contractual el propio fundamento de la sucesión mortis causa y del contrato, no existe ningún impedimento estructural para su celebración, pues los pactos sucesorios no resultan contrarios al Derecho Natural, siendo el Derecho positivo el que se ha encargado de establecer esa prohibición contraria a los derechos fundados en la naturaleza humana, los derechos que le son inherentes al hombre.

Un pacto sucesorio (a juicio de O’CHALAGHAN<sup>21</sup> resulta más acertada la expresión “pacto sucesorio” que “sucesión contractual”, pues el contrato es un negocio jurídico productor de obligaciones, y en el pacto sucesorio no se crean obligaciones en el sentido técnico de la palabra, sino que se ordena el fenómeno sucesorio) no es más que un negocio jurídico bilateral por medio del cual, una de las partes, ordena su sucesión *mortis causa*, es decir, regula el destino de su patrimonio para después de su muerte, de tal forma, que al ser aceptada por la otra parte, produce efectos vinculantes en la primera. Así pues, la principal diferencia entre un pacto sucesorio y un testamento es la irrevocabilidad del primero frente a la revocabilidad del segundo. No obstante, ello no impide que las partes otorgantes de un pacto sucesorio puedan, con posterioridad, modificar, o incluso dejar sin efecto dicho negocio jurídico mediante la celebración de uno nuevo, consentido por ambos.

La sucesión contractual se convierte en un instrumento esencial para la ordenación de la sucesión de la empresa familiar. En efecto, el titular de una empresa familiar, para asegurarse su continuidad, puede acudir al pacto sucesorio, pues además de que le permite pactar libremente con quien le plazca, otorga una garantía inmediata al heredero, en el sentido de que este último sabe que la dedicación que le preste a la empresa, en adelante, lo será en beneficio propio, puesto que la irrevocabilidad del pacto le asegura que alcanzará la titularidad y la gestión del negocio familiar. Piénsese por un momento en un matrimonio titular de una empresa familiar y que tiene dos hijos. Uno de los hijos ha realizado estudios en administración de empresas y se preocupa por la gestión del negocio. El otro en cambio, trabaja para la empresa, pero no muestra ningún interés, lo único que parece importarle es el sueldo y los privilegios de ser el hijo del dueño. Aunque el padre tenga predilección por el primer hijo, y le haya legado la empresa en testamento, ¿qué interés puede tener éste en esforzarse por el negocio familiar si conoce los inconvenientes de la revocabilidad testamentaria, o incluso de la propia transmisibilidad?

El mismo ejemplo anterior podría darse en el caso de que ese segundo hijo simplemente hubiera preferido estudiar medicina y dedicarse a dicha profesión. O incluso se puede ir más lejos, si se piensa en que también podría ocurrir que ninguno de los hijos desee continuar con el negocio familiar, y por tal motivo, los padres quieran pactar la sucesión de la empresa con un tercero ajeno a la familia. Aquel hijo, o este tercero exigirá una garantía sobre la futura titularidad de la empresa, a cuya conservación y crecimiento va a contribuir a partir del momento en que se hace cargo de la gestión de la empresa.

Para LACRUZ-SANCHO<sup>22</sup>, el pacto sobre la sucesión futura se presenta como una solución razonable a las aspiraciones de uno y otro otorgante.

---

<sup>21</sup> O’CHALAGAN: “Compendio de Derecho Civil”. Tomo 5 (Derecho de Sucesiones). Lección 15ª “La sucesión contractual”, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2ª edición, 2016.

<sup>22</sup> LACRUZ-SANCHO: “Derecho de Sucesiones”, Barcelona, 1981, página 382.



En palabras de LACRUZ<sup>23</sup>, la sucesión contractual tiene en su favor el respeto a la autonomía de la voluntad, y además, destaca el argumento de orden económico y sociológico de su cooperación a la conservación del patrimonio familiar.

### **3.- INSTRUMENTOS AL ALCANCE DE LA EMPRESA FAMILIAR. CIERTA FLEXIBILIDAD PERO INSUFICIENTE.**

A pesar de que el Código Civil admite, como excepciones, algunos pactos sucesorios, así como otras medidas, algunas de ellas introducidas durante los últimos tiempos para flexibilizar el sistema de legítimas, aquel sigue presentando deficiencias, las cuales son objeto de estudio en los siguientes apartados. Esta cierta beligerancia del Código Civil puede ser aprovechada por la empresa familiar para planificar su sucesión, si bien, dada la prohibición de los pactos sucesorios, deberá utilizarse el testamento como instrumento de planificación. Huelga decir que la sucesión intestada es el mayor enemigo al que se enfrenta la empresa familiar. Tal como ya se ha mencionado anteriormente, si la proindivisión o la comunidad de bienes es una situación poco aconsejable, si la sobreponemos a la empresa familiar, obtenemos una fuente de disputas, tensiones y enfrentamientos, que van a entorpecer su normal funcionamiento y pondrán en peligro su continuidad.

Por tanto, si la libertad de testar, tal como actualmente se encuentra configurada (prohibición de pactos sucesorios y respeto a la intangibilidad de las legítimas, tanto cuantitativa como cualitativa), ya produce proindivisos indeseados, no resulta difícil imaginar el daño que la sucesión intestada puede causar a la empresa familiar. Así pues, el testamento del empresario se convierte en un instrumento más que apropiado, y del todo recomendable para una adecuada planificación de la sucesión de la empresa familiar, pues en palabras de HUERTA<sup>24</sup> “la transmisión pacífica a la siguiente generación solo es posible si se resuelve satisfactoriamente el problema de la titularidad”. En cuanto al problema de la titularidad como elemento para la conservación de la empresa familiar, REYES LÓPEZ<sup>25</sup> se expresa en los siguientes términos, “Las dos cuestiones básicas que preocupan al testador, sean la elección de su sucesor o sucesores y, correlativamente, el reparto justo y equilibrado entre los restantes herederos”.

Pues bien, dentro de los límites consabidos, la única forma de adjudicar la titularidad de la empresa familiar pasa por efectuar testamento.

Por otra parte existen los protocolos familiares, si bien estos carecen de regulación exhaustiva (pues únicamente existe regulación sobre su publicidad) y presentan ciertos problemas de legalidad, lo cual será tratado en un apartado posterior de forma independiente.

#### **3.1.- El testamento.**

A continuación se estudian las distintas posibilidades que presenta el testamento para planificar la sucesión de la empresa familiar, pues partimos de que la voluntad del empresario es la continuidad y la conservación de la empresa después de su muerte. En este sentido HUERTA<sup>26</sup> añade, “sin riesgo de exageraciones, se puede afirmar que el testamento es un instrumento prácticamente indispensable para asegurar en lo posible la continuidad y cohesión de la empresa familiar tras la muerte del anterior titular”. No obstante, ya se ha mencionado en el apartado segundo de este trabajo que la problemática que envuelve a la sucesión de la empresa familiar se diluye, en cierta medida, si en el patrimonio del empresario existen bienes suficientes como para adjudicar la empresa a el elegido o elegidos por el testador, sin afectar a los derechos de los legitimarios. De ahí que el presente estudio se centra en los casos en los que el deseo del testador con respecto a la atribución de la titularidad de la empresa no puede llevarse a cabo sin producir alteraciones cuantitativas o cualitativas en las legítimas. En este sentido, a continuación se exponen algunas cláusulas que, en base a determinados preceptos del Código Civil, pueden introducirse en el testamento con el fin de

---

<sup>23</sup> LACRUZ. “Elementos de Derecho civil”, V, Derecho de sucesiones, Barcelona, 5ª edición, 1993.

<sup>24</sup> HUERTA TROLEZ, A: “La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio”. Revista Jurídica del Notariado, abril-junio 2004, páginas 93 y siguientes.

<sup>25</sup> REYES LÓPEZ: “El patrimonio del empresario familiar individual”, en la obra colectiva “El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos, tomo I, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 2005.

<sup>26</sup> HUERTA TROLEZ. A: Ob. cit. Página 107.

flexibilizar la intangibilidad de las legítimas, si bien, como también se dirá, no están exentas de crítica, dada su insuficiencia para procurar la continuidad de la empresa familiar.

### 3.1.1.- Legados y mejoras.

El artículo 823 CC dispone, “El padre o la madre podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, ya lo sean por naturaleza ya por adopción, de una de las dos terceras partes destinadas a legítima”.

A la hora de adjudicar la empresa familiar a algún descendiente podrá utilizarse como instrumento de transmisión de la empresa la mejora en cosa determinada del artículo 829 CC, el cual permite al causante adjudicar la mejora ex artículo 823 CC a través de una cosa determinada, o sea, la empresa. También prevé este artículo que si el valor de la mejora, en este caso la empresa, excediere del tercio destinado a la mejora y de la parte de legítima estricta correspondiente al mejorado, éste deberá abonar la diferencia en metálico a los demás interesados.

También podría el causante adjudicar la empresa en testamento en forma de legado de cosa cierta, sin asignarle expresamente el carácter de mejora, en cuyo caso se aplicará el artículo 828 CC. Si no existiera el artículo 829 CC se podría pensar que este legado de cosa cierta es una mejora en cosa determinada, pero lo cierto es que existe una diferencia sustancial entre ambos preceptos. Si no se expresa el carácter de mejora se entiende que el legado se efectúa contra el tercio de libre disposición, y ello redundaría en beneficio de los legitimarios, que conservan su expectativa sobre el tercio de legítima larga.

Así pues, el causante utilizará una u otra fórmula en función de su voluntad. Si su intención es la de legar la empresa a un legitimario puede optar por la mejora del artículo 829 CC, si es su voluntad la de mejorar a dicho adjudicatario; o si por el contrario no desea mejorarlo, puede optar por el legado del artículo 828 CC, en cuyo caso estaría haciendo uso del tercio de libre disposición.

Si en cambio desea adjudicar la empresa a un tercero no legitimario (un extraño), no tiene más remedio que utilizar el legado de cosa específica y determinada del artículo 882 CC. El testador, mediante esta fórmula lega la empresa a alguien ajeno al círculo familiar, pero que por sus conocimientos e implicación previa en la gestión de la empresa garantiza de mejor forma su conservación y continuidad. No obstante, todo va a depender de la composición del patrimonio del causante y del valor de los bienes que lo componen, pues si el valor de la empresa excede de un tercio del valor total de los bienes, no podrá legarla íntegramente a un extraño sin perjudicar las legítimas. En cambio, la mejora en cosa determinada, partiendo de que se utiliza para mejorar a un legitimario, aun excediendo su valor de un tercio del total, la doctrina mayoritaria<sup>27</sup> entiende que dicho exceso puede imputarse al tercio de libre disposición (al menos si no se indica cuota concreta), con lo que quedaría a salvo el tercio de legítima estricta.

En cualquier caso, el artículo 829 CC se convierte en una buena opción para adjudicar la empresa familiar a un descendiente, ya que se evita la reducción *in natura*, pues aunque su valor exceda del tercio de mejora y de la parte de la legítima correspondiente al mejorado, éste podrá, de hecho deberá abonar la diferencia en metálico a los demás interesados.

El inconveniente que presenta este artículo es que el adjudicatario debe efectuar el pago de la diferencia de forma inmediata y con dinero extrahereditario, lo cual puede complicar la adjudicación de la empresa al mejorado. Cabe la posibilidad de que los interesados acuerden un aplazamiento del pago. No obstante, hasta que el pago no se haga efectivo todos los bienes de la herencia estarán afectos al pago de las legítimas.

---

<sup>27</sup> Varios autores en el “Comentario al artículo 829 CC”, en la obra Comentarios al Código Civil, dirigida por Manuel Albaladejo. Autor del comentario Juan Vallet de Goytisolo, en el que se cita a MORELL, que dice: “Si hay otro legado que absorba ese tercio (el libre), el artículo 829 debe aplicarse estrictamente, y el mejorado debe abonar en metálico a los demás interesados, el exceso o diferencia. Pero si este exceso cabe en la parte sobrante que puede quedar del tercio de libre disposición, parece lo más verosímil que se entienda que el testador o mejorante dejó a su hijo o descendiente lo que pudo dejar a un extraño, y si bien se perjudicarán los otros herederos, será en cuanto a una porción que no es legítima suya, y más natural es que sufran ellos el perjuicio que no el mejorado, respecto al cual expresó el causante su voluntad de que recibiese una cosa determinada o una porción de bienes superior a la que por mejora y legítima puede corresponderle”.

### **3.1.2.- Las capitulaciones matrimoniales.**

A pesar de que no se pactan en testamento, se prefiere incluir las capitulaciones matrimoniales en este apartado, por cuanto algunos pactos que se llevan a cabo en las mismas pueden afectar a aquel, dejando sin efecto disposiciones testamentarias contrarias a dichos pactos.

Es común admitir la definición de las capitulaciones matrimoniales como un contrato, que debe celebrarse obligatoriamente en escritura pública y que requiere de su inscripción en el registro civil, entre ambos cónyuges o futuros cónyuges, para establecer el régimen económico matrimonial que regirá su matrimonio. Este es el contenido típico de las capitulaciones matrimoniales (artículo 1325 CC), pero estas también admiten un contenido atípico (artículo 1325 in fine CC), dentro del cual se encuentran algunos negocios jurídicos de derecho sucesorio. Me refiero concretamente a la posibilidad de incluir en las capitulaciones matrimoniales la promesa de mejorar o no mejorar (artículo 826 CC), de carácter irrevocable (artículo 827 CC) y cuya eficacia se extiende tras la muerte de uno de los contrayentes. La promesa de mejorar prevalecerá sobre la disposición del testador (artículo 826 II CC). Por razones obvias no se tratará en este trabajo la promesa de no mejorar.

Esta posibilidad de mejorar permite a los cónyuges titulares de una empresa familiar ganancial, unificar la decisión de mejorar a alguno o algunos de sus hijos, a los que podrán adjudicar la empresa con cargo al tercio de legítima larga, e incluso con cargo al tercio de libre disposición. Al menos esa es la interpretación que merece la palabra “mejorar” del artículo 826, pues en ningún momento se habla de mejorar usando el tercio de mejora, sino de mejorar en general, por lo que cabe entender la mejora en su sentido más amplio, pues carecería de sentido que si el causante ya dispone de la facultad de utilizar un tercio de su patrimonio para mejorar a un descendiente respecto de los demás, no pudiera hacerlo con el tercio de libre disposición.

Más allá del respeto a los derechos de los legitimarios, la promesa de mejorar presenta otro inconveniente en cuanto a la sucesión de la empresa familiar se refiere. Así, tratándose de asegurar la pervivencia de la empresa, no serviría como forma de incentivar al promitente a dedicar sus esfuerzos en pro de la empresa, puesto que éste conoce que la promesa puede ser revocada mediante la modificación de las capitulaciones matrimoniales, si éstas se llevan a cabo de forma unánime por los interesados (artículo 1331 CC). Igualmente, podría el mejorante haberse reservado la facultad de revocar la promesa de mejora, en cuyo caso, no tendría mayores problemas para hacerlo. Por su parte, el promisorio puede renunciar a la promesa.

Finalmente, huelga decir que este instrumento no resulta válido si se pretende adjudicar la empresa a un tercero no legitimario, puesto que el tercio de legítima larga únicamente puede utilizarse para mejorar a un hijo o descendiente, en su condición de legitimarios.

En otro orden de cosas, decir que la planificación sucesoria guarda una estrecha relación con el régimen económico matrimonial. No se trata de abordar ahora cuál de los dos regímenes es mejor, pues ello dependerá de diversos factores, algunos de los cuales, le serán sobrevenidos al causante; pero sí en cambio, mencionar dos preceptos del Código Civil, susceptibles de ser utilizados como instrumento preservador de la continuidad de la empresa familiar, según el régimen económico matrimonial elegido.

Por una parte, el artículo 1056 CC faculta al testador a hacer la partición de sus bienes. Pues bien, sin lugar a dudas, el régimen económico matrimonial de separación de bienes favorecerá al empresario para llevar a cabo dicha facultad de hacer partición, pues la imposibilidad<sup>28</sup> de adjudicar bienes de carácter ganancial dificulta la adjudicación de la empresa que tenga dicho carácter.

Por su parte, el artículo 1406.2 CC favorece la continuidad de la empresa una vez fallecido el cónyuge no titular, pues permite que el cónyuge supérstite pueda adjudicarse, con preferencia, en su haber, hasta donde éste alcance, “la explotación económica que gestione efectivamente”. Ello claramente evita la división de la empresa, que podrá continuar bajo una misma dirección.

---

<sup>28</sup> La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 13 de octubre de 1916, así como la doctrina y la jurisprudencia, han negado la posibilidad de adjudicar bienes de carácter ganancial merced a la partición hecha por el propio testador ex artículo 1056 CC.

El artículo 1406.2 CC presenta no obstante algún inconveniente. El requisito de que la adjudicación no sobrepase el haber del cónyuge, es decir, su mitad de gananciales, provocará en muchos casos que no pueda adjudicarse la totalidad de la empresa (casos en los que el valor de la empresa es muy superior al del resto de bienes de componen la sociedad de gananciales).

### **3.1.3.- La cautela socini.**

La figura de la “cautela socini”, a pesar de que pueda parecer que supone un gravamen a las legítimas, resulta admitida jurisprudencialmente, entendiendo que desarrolla el contenido dispositivo del testador. Así pues, la “cautela socini” actúa como un elemento de flexibilización del sistema legitimario español. Mediante la “cautela socini” puede condicionarse la voluntad del testador, de forma que los sucesores deban cumplir con determinadas disposiciones testamentarias, como por ejemplo, conservar cohesionado el patrimonio familiar.

Para la empresa familiar, la “cautela socini” puede resultar de cierta utilidad, si bien no es un instrumento para la conservación de la empresa familiar, sino que más bien supone un diferimiento de la sucesión. Además, si bien es cierto que en el caso de una empresa individual el cónyuge usufructuario podrá darle continuidad al negocio, en el caso de una sociedad su gestión quedará en manos del órgano de administración, por no hablar de que la empresa se dividirá en tantas partes como herederos adjudicatarios de las acciones o participaciones existan.

Además, no hay que olvidar que los hijos podrán exigir su legítima, aunque sólo sea la estricta, libre de todo gravamen, lo que provocará la división del patrimonio familiar, o incluso en ocasiones, obligar al cónyuge superviviente a vender para tener que cumplir con las legítimas.

### **3.1.4.- La fiducia sucesoria conyugal.**

En contraposición a la “cautela socini” encontramos la figura de la fiducia sucesoria, regulada en el artículo 831 CC. En contraposición porque si en la “cautela socini” corresponde a los hijos la decisión de respetar la voluntad del testador, en el caso de la fiducia sucesoria conyugal dicha decisión corresponde al cónyuge superviviente. Por medio del artículo 831 CC el testador puede delegar en su cónyuge la facultad de realizar mejoras a favor de sus hijos o descendientes comunes, siempre claro está, que se respeten las legítimas. Se trata pues de una de las excepciones a la prohibición de los pactos sucesorios y que no debe confundirse con la sucesión contractual.

Según dispone el apartado segundo del artículo 831 CC, al cónyuge sobreviviente, al que se le ha conferido la facultad de mejorar, le corresponderá la administración de los bienes sobre los que penda dicha facultad. Ello, aplicado a la empresa familiar, convierte a la fiducia sucesoria en un instrumento de planificación de la sucesión muy a tener en cuenta, puesto que se aplaza la decisión sobre la adjudicación de la empresa familiar a un futuro, de tal forma que en ese momento posterior, se tengan menores dudas sobre quién debe ser el sucesor de la empresa en función de sus méritos y su implicación en la misma, y por tanto, con mayores garantías de conservar y continuar la empresa familiar.

Entre los inconvenientes de esta fórmula sucesoria podemos encontrar, por un lado, que si bien esta decisión del testador, de delegar la facultad de mejorar, obedecerá a la relación afectiva y de confianza que le une a su cónyuge, nada garantiza que este último actúe consecuentemente con la finalidad perseguida de dar continuidad a la empresa familiar. Y por otro lado, dado que se trata de una facultad de mejorar a descendientes comunes, por esta vía no se podrá adjudicar la empresa familiar a un extraño que, supuestamente se encuentre en mejor situación de garantizar la conservación y continuidad de la empresa. Otro de los inconvenientes que presenta esta figura (para la sucesión de la empresa familiar) es su carácter de revocable, puesto que tanto el testamento como las capitulaciones matrimoniales en las que se haya acordado delegar la facultad de mejorar, tal como ya se ha visto, pueden ser revocados por un testamento posterior, o por unas nuevas capitulaciones otorgadas de común acuerdo por los interesados.

### **3.1.5.- La sustitución fideicomisaria.**

La sustitución fideicomisaria puede ser de gran utilidad para la sucesión de la empresa familiar, pues está pensada para ordenar el destino de los bienes del causante a lo largo de los años. El artículo

781 CC dispone que en virtud de una sustitución fideicomisaria el testador encarga al heredero que conserve y transmita a un tercero el todo o parte de la herencia. Así por ejemplo, en el caso de que el testador empresario desee que la empresa perdure en el seno de la familia, puede constituir una sustitución fideicomisaria sobre las acciones o participaciones de la empresa y establecer en la persona de un hijo la figura de heredero fiduciario, con la condición de que posteriormente, ya sea a su fallecimiento o al cumplimiento de un término o condición, traspase el paquete accionario al hijo de éste y nieto del causante, que sería el heredero fideicomisario.

Obsérvese que el heredero fiduciario no puede disponer libremente de los bienes del causante, puesto que viene obligado a conservarlos y transmitirlos posteriormente al heredero fideicomisario, el cual sí recibe la plena propiedad de los bienes, sin ningún tipo de condición. Pero en cambio, sí que podrá el heredero fiduciario disfrutar de las rentas de la empresa y ejercer el control sobre la misma mediante el poder que le otorgan las acciones. Vemos pues que el fiduciario actúa como un usufructuario, lo cual puede perjudicar las legítimas. Un caso típico de utilización de la sustitución fideicomisaria, sería aquel en el que el testador quiere dejar la conservación de la empresa en manos de un fiduciario ajeno a la familia (una persona de confianza) hasta que sus hijos alcancen la mayoría de edad. En tal caso, y suponiendo que no existen más bienes en el patrimonio del causante, o que estos representan un valor muy inferior al de la empresa, el heredero fiduciario actuaría como usufructuario, gravando la legítima de los hijos, herederos fideicomisarios, lo cual va en contra de lo dispuesto en el artículo 782 CC, salvo que el gravamen se imponga en beneficio de un hijo judicialmente incapacitado.

Por otra parte, la sustitución fideicomisaria presenta el problema de que la obligación de conservación de la empresa no es el mejor aliciente para que el fiduciario lleve a cabo una gestión y administración a la altura de las exigencias de una empresa. Esto, que podría ser reparado mediante un fideicomiso de residuo<sup>29</sup>, no deja de ser un problema cuando hay legitimarios.

### **3.1.6.- El artículo 1056.2 CC. El pago de las legítimas en dinero.**

Sin duda alguna nos encontramos ante una figura sucesoria que, no estando exenta de inconvenientes, representa la opción que mayor flexibilidad ofrece al testador empresario para la adjudicación de la empresa familiar.

La redacción actual del precepto procede de la reforma introducida por la Disposición Final primera de la Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, cuyo origen se sitúa en las recomendaciones formuladas en el “Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la empresa familiar”, elaborado por una Comisión especial del Senado en 2001, a la que ya se ha hecho referencia en el presente trabajo. No cabe duda de que este precepto ha sido creado con la finalidad de garantizar que el testador pueda disponer expresamente en su testamento del destino de la empresa, de tal manera que se evite su disolución o su división.

Así pues, se permite la transmisión de la empresa o de las acciones o participaciones que otorguen el control de una sociedad de capital a un solo adjudicatario, salvaguardando las legítimas mediante la posibilidad de pagarlas con efectivo extrahereditario y con la posibilidad de aplazar el pago hasta un máximo de cinco años.

El pago en metálico no es una novedad de este precepto, pues ya hemos visto que el artículo 829 CC también admite el pago en metálico para abonar la diferencia que ocasiona una mejora cuyo valor excede del tercio de mejora y la parte de legítima estricta correspondiente al mejorado. No obstante, en el caso del artículo 829 CC el pago en metálico de las legítimas deberá hacerse al contado y en el mismo momento de hacerse la partición. Lo mismo ocurre en el caso del artículo 841 CC, en el que se dispone de un año, desde la muerte del causante, para comunicar el pago en metálico a los restantes legitimarios, y otro año para efectuar el pago. Esto para el adjudicatario de la empresa puede suponer un hándicap si no dispone de suficiente liquidez para hacer frente el pago. El artículo 1056.2 en previsión de dicho inconveniente ofrece la posibilidad de aplazar el pago hasta cinco años, a contar desde el fallecimiento del testador.

---

<sup>29</sup> El último inciso del artículo 783 CC permite al testador introducir alguna cláusula de dispensa al fiduciario de conservar los bienes para el fideicomisario.

Todos estos preceptos, junto con el artículo 821 CC (legado de finca “que no admita cómoda división”), constituyen una excepción al principio de intangibilidad cualitativa de la legítima, conforme al cual los legitimarios tienen derecho a exigir que se les pague aquélla con bienes de la herencia no sujetos a gravamen.

Dos son los presupuestos a considerar para la aplicación del artículo 1056.2 CC: En primer lugar, la existencia de una explotación económica (la empresa), cuya división sólo pueda evitarse por esta vía; o bien, la existencia de un paquete de acciones o participaciones sociales que otorguen el control de una sociedad de capital, que únicamente pueda mantenerse mediante este mismo instrumento. Y en segundo lugar, siendo consecuencia de lo anterior, que no existan en la herencia dinero u otros bienes con los que se pudiera pagar la legítima a los demás herederos forzosos, puesto que existiendo aquéllos, el testador no tendría la necesidad de recurrir a este precepto para distribuir libremente sus bienes ex artículo 1056.1 CC. De ello se deduce que el dinero para satisfacer la legítima a los legitimarios no adjudicatarios es dinero extrahereditario.

Con todo ello, queda patente la flexibilidad otorgada por el artículo 1056.2 CC para que el testador empresario pueda adjudicar la empresa a quien considere en mejor posición para su conservación y continuidad, pudiendo hacerlo a favor de un único adjudicatario, que puede ser un extraño, pues no tiene porqué ser un legitimario. Ello nos da a entender que la finalidad de la norma no es únicamente familiar<sup>30</sup>, sino que también se tienen en cuenta las implicaciones socio-económicas que se han expuesto en el presente estudio, pues con este instrumento sucesorio se prioriza la protección de la empresa en detrimento de la familia, que puede perder el control de la empresa<sup>31</sup>. Claro está que ese detrimento no supone una pérdida de los derechos legitimarios, pero si la flexibilización de estos en favor de la conservación y continuidad de la empresa, que a la fin y a la postre supone un mayor respeto a la voluntad del testador empresario, si bien sigue estando constreñida, lo cual no debemos perder de vista, pues es una parte fundamental del presente trabajo, que será tratada con mayor profundidad en el apartado 4.1., cuando se expongan las razones que recomiendan cambios legislativos en la libertad de testar.

Pero este precepto no está exento de inconvenientes. En primer lugar, si bien es cierto que la empresa puede adjudicarse a un extraño no legitimario, no es menos cierto que éste no puede acceder a los beneficios fiscales que el ISD otorga a los descendientes en forma de bonificaciones por adquisición de la empresa familiar. Ello, junto con el pago de las legítimas, puede suponer una carga demasiado pesada para el adjudicatario, desincentivando la aceptación.

Y es que con independencia de la factura fiscal, el pago de las legítimas, aunque aplazado, puede suponer un hándicap para el adjudicatario. Piénsese que si éste no cuenta con recursos propios se verá obligado a efectuar los pagos con el dinero que genere la empresa. Piénsese también que la empresa que se adquiere *mortis causa* es una empresa en funcionamiento, con sus activos, pero también con sus obligaciones, que deberán ser respetadas. Imaginemos por un instante que la empresa ha acometido inversiones importantes durante los últimos años, habiendo recurrido para ello a financiación ajena, y ahora el pago de las legítimas le provoca un sobreendeudamiento que pone en peligro su viabilidad. La empresa debe generar ahora suficientes recursos para hacer frente a unos pagos que no estaban previstos en su plan de tesorería.

A mayor abundamiento, mientras no se satisfaga el importe íntegro de las legítimas, los legitimarios se encuentran en una posición de acreedores frente al adjudicatario, pero además, estos ocupan un lugar preferencial, puesto que todos los bienes que componen el caudal relicto, entre los que se encuentran los activos de la empresa, se encuentran afectos al pago de las legítimas; afectación que además gozará de la protección de la inscripción registral tratándose de bienes inmuebles, o bienes muebles susceptibles de ser inscritos en su correspondiente registro, tales como vehículos,

---

<sup>30</sup> A los distintos criterios sobre la interpretación de la disyuntiva del artículo 1056.2 CC: “en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia” se refiere GARCÍA HERRERA, V. en “La sucesión en la empresa familiar”, en la Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N° 726, pág. 1947.

<sup>31</sup> Es por ello que en el presente trabajo se aboga por la existencia de dos motivos absolutamente independientes entre sí, criterio defendido por RUEDA ESTEBAN (Véase referencia anterior).

maquinaria, etc. Ello supone para la empresa un escollo para la obtención de financiación ajena, lo que pone en riesgo su viabilidad.

Antes de continuar parece razonable admitir que las empresas de mera tenencia de bienes<sup>32</sup> no tienen cabida en el artículo 1056.2 CC.

Por otro lado, además de los inconvenientes económicos, hay que tener en cuenta los inconvenientes técnicos<sup>33</sup>, pues no hay que olvidar que la falta de previsión del testador acerca de la forma y plazo de pago de las legítimas puede acarrear serios problemas. Tanto si de la adquisición *mortis causa* surgen problemas económicos para la empresa, como si la sucesión presenta problemas técnicos, puede acabar con la indeseada división de la empresa, o en el mejor de los casos, con tener que proceder a la venta de activos de la empresa para hacer frente a los imprevistos descritos.

Podemos concluir pues que si bien el testamento resulta indispensable para una buena planificación de la sucesión de la empresa familiar, los instrumentos que éste pone al alcance del testador empresario se reputan insuficientes para alcanzar el fin perseguido: la conservación y continuidad de la empresa familiar, pues la rigidez de las normas sucesorias contenidas en el Código Civil provoca en muchos casos la tan indeseada división de la empresa familiar.

### 3.2.- Los protocolos familiares.

El protocolo familiar es un instrumento característico y específico de la empresa familiar y, como se verá a continuación puede ayudar a planificar su sucesión. Se podría decir que el protocolo familiar debe su existencia a la problemática que presenta la empresa familiar, la cual se ha tratado en un apartado anterior del presente trabajo, haciendo mención a las tensiones que se producen en el seno de una empresa cuando se conjugan intereses empresariales e intereses personales que desencadenan luchas de poder entre los socios familiares, amenazando la continuidad de la empresa familiar, pues no representan el mejor escenario para una ordenada sucesión de la misma.

El protocolo familiar es de procedencia anglosajona y tiene su origen en los Estados Unidos, en los llamados *shareholder's agreement*, donde se conoce al protocolo familiar como *Family Constitution* o *Family agreement*. En España se empieza a hablar de protocolos familiares en el año 2001, en la Ponencia de la Comisión de Hacienda del Senado para analizar la problemática de las empresas familiares, que tal como ya se ha mencionado, concluyó con el “Informe de la Ponencia de Estudio para la problemática de la Empresa Familiar”<sup>34</sup>, en el que se recomendaba impulsar la formalización de protocolos familiares en las empresas de estas características. Posteriormente en 2007 se publicó el RD 171/2007, de 9 febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, si bien esta norma, como su propio nombre indica, se limita única y exclusivamente a regular la publicación de los protocolos familiares, por lo que actualmente, prácticamente dos décadas después de empezar a resaltar su importancia, en España seguimos sin una norma específica encargada de regular los protocolos familiares, algo más que criticable desde el punto de vista jurídico-legislativo.

Al menos la precitada norma sí que ofrece una definición de protocolo familiar, y en su artículo 2.1 lo describe como: “Aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan a una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés

---

<sup>32</sup> Artículo 5.2 LIS: A los efectos de lo previsto en esta Ley, se entenderá por entidad patrimonial y que, por tanto, no realiza una actividad económica, aquella en la que más de la mitad de su activo esté constituido por valores o no esté afecto, en los términos del apartado anterior, a una actividad económica.

<sup>33</sup> Estos problemas técnicos tienen que ver con la forma y el plazo de pago. En ausencia de forma de pago expresa en el testamento resultará de aplicación lo estipulado al final del artículo 1056.2: “Si no se hubiera establecido forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima con bienes de la herencia”. Por su parte, respecto al plazo, en ausencia de voluntad expresa del testador, aquél deberá fijarse judicialmente, en atención a lo estipulado en el artículo 1128 CC, que señala que “si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los tribunales fijarán la duración de aquél”. Así pues, tanto si se incumple el pago en el plazo fijado judicialmente, como si se incumplen los plazos fijados por el testador, los legitimarios podrán exigir que el pago de las legítimas se efectúe con bienes de la herencia, pareciendo lógico que el reparto de la herencia se haga conforme al artículo 844.2, según el cual: “Transcurrido el plazo sin que el pago haya tenido lugar, caducará la facultad conferida a los hijos o descendientes por el testador o su contador-partidor y se procederá a repartir la herencia según las disposiciones generales sobre partición”.

<sup>34</sup> Informe publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 23 de noviembre de 2001.

común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad”.

Recordar las consecuencias que se derivan de la problemática específica de la empresa familiar (sólo el 30 por ciento alcanza la segunda generación, y únicamente el 15% sobrevive hasta la tercera), nos ayudará a entender la utilidad de los protocolos familiares, pues estos se configuran como un acuerdo marco que establecerá las “reglas del juego” que han de regir las relaciones entre la familia y la empresa en el seno de esta, en aras de garantizar la estabilidad y continuidad de la empresa familiar. Efectivamente, en lo que a este trabajo concierne, el protocolo familiar servirá para llevar a cabo una sucesión de la empresa familiar de la forma mejor ordenada posible, evitando muchos de los conflictos que suelen surgir en la transmisión *mortis causa* y los problemas que ello conlleva para la supervivencia de la empresa familiar. En palabras de GOMÁ LANZÓN, el protocolo familiar puede servir para “conseguir que la sucesión en la propiedad de la empresa se haga con los menores costes emocionales, económicos y fiscales”<sup>35</sup>.

El protocolo familiar recogerá la manifestación de todos los miembros de la familia en aceptar el protocolo, asumiendo el compromiso de cumplir con las normas y pautas de comportamiento y actuación allí acordadas. Si bien es cierto que no existe un modelo único de protocolo familiar, puesto que requiere ser adaptado a las características propias de cada empresa y familia, sí que es verdad que la doctrina se ha encargado de indicar una serie de cláusulas que con frecuencia suelen aparecer en la mayoría de protocolos familiares, entre las que se encuentran, los principios y valores, tradiciones y principios familiares y empresariales, las reglas de funcionamiento y la estructura y organización de la empresa, la planificación de la sucesión empresarial, qué criterios deben tenerse en cuenta a la hora de decidir qué miembros de la familia pueden entrar a formar parte de la empresa, el tipo de formación que deben tener los miembros familiares para poder desempeñar funciones en el seno empresarial o su remuneración, la revisión del protocolo, cláusulas para acudir a mediación en caso de conflicto, etc. En cuanto a los pactos que conciernen únicamente a la sucesión de la empresa familiar los protocolos familiares pueden albergar acuerdos que obliguen a otorgar capitulaciones matrimoniales para pactar el régimen económico matrimonial de separación de bienes, o acuerdos que obliguen a otorgar testamento para nombrar sucesor, entre otros.

Evidentemente, el compromiso de la familia respecto del cumplimiento de todos estos extremos dotará a la empresa de una gran estabilidad. No obstante, este compromiso necesita ir acompañado de normas de eficacia que garanticen su cumplimiento. En este sentido, el RD 171/2007 juega un papel importante, pues la publicación del protocolo dota a éste de una garantía jurídica para el cumplimiento de los acuerdos en él contenidos.

El problema es que algunos de estos acuerdos, contenidos en el protocolo familiar, presentan problemas de legalidad, especialmente aquellos de ámbito sucesorio, como la obligación de otorgar testamento para nombrar un sucesor determinado, y también la obligación de otorgar capitulaciones matrimoniales en uno u otro sentido, que como se ha expuesto anteriormente son utilizadas como instrumento de planificación de la futura sucesión *mortis causa*.

Sin salirse del terreno estrictamente sucesorio, que es el que nos ocupa, un acuerdo que obligue a efectuar testamento designando a un sucesor no deja de ser un pacto sucesorio, figura ésta proscrita por el Código Civil. Pero a mayor abundamiento, siendo el testamento un acto personalísimo y además revocable, parece dudoso que un acuerdo de esta índole, aunque figure contenido en un protocolo familiar al que se le haya dado su debida publicidad, pueda ser exigido judicialmente.

Así pues, esa prohibición que pesa sobre los pactos sucesorios desvirtúa la eficacia del acuerdo de carácter sucesorio contenido en el protocolo. Si bien es cierto que pueden pactarse cláusulas penales para el caso de incumplimiento, éstas únicamente alcanzarán a la exigencia de responsabilidad, pero en ningún caso resultará exigible su cumplimiento *in natura*, dado el carácter personalísimo del acto testamentario al que se acaba de aludir.

---

<sup>35</sup> GOMÁ LANZÓN, “El protocolo familiar”, en CUCURULL POBLET, T., “El protocolo familiar *mortis causa*” Dykinson, 2015, pág. 106.



Para concluir, si bien los protocolos familiares van a dotar de mayor estabilidad a la empresa familiar, incluso pueden actuar como instrumento de planificación de la sucesión, éstos no son la solución a los problemas sucesorios que se han planteado en el presente trabajo, puesto que en última instancia se van a encontrar con el mismo obstáculo que el resto de figuras sucesorias analizadas: el freno que la actual configuración de la institución de la legítima y la prohibición de los pactos sucesorios representan para la libertad de testar, que suponen una limitación a la voluntad del testador y que en muchas ocasiones dificultarán que la empresa pueda continuar bajo una misma dirección, corriendo el peligro de desaparecer.

#### **4.- PROPUESTAS DE LEGE FERENDA.**

Tal como se ha podido comprobar a lo largo del presente trabajo, nuestro ordenamiento jurídico, en materia sucesoria, sigue anclado al pasado y le urge una reforma para adaptarlo a la actual realidad social.

Ello trasciende a la problemática que se ha planteado entorno a la sucesión de la empresa familiar, cuando el testador empresario, en aras de garantizar la conservación y continuidad de la empresa, desea disponer de sus bienes con plena libertad, y se encuentra con la actual regulación sucesoria del Código Civil, lo cual exige la búsqueda de soluciones legislativas. En ese sentido, en el presente apartado se proponen, desde la modestia, pero debidamente fundamentados, una serie de cambios legislativos encaminados a superar los inconvenientes que presentan las distintas figuras sucesorias analizadas y demás instrumentos al alcance del empresario testador, así como para procurar dotar al testador de una mayor libertad y autonomía.

##### **4.1.- Libertad de testar y autonomía de la voluntad.**

Hay que reconocer que la solución más fácil no es siempre la mejor. Este trabajo acabaría ahora mismo si se propusiera la supresión “de cuajo” de las legítimas y la aquiescencia de los pactos sucesorios. Pero tal como ya se ha dicho, la legítima encuentra su fundamento en la familia, ya sea como protección de los propios legitimarios (familiares), o como una manifestación del principio de solidaridad intergeneracional<sup>36</sup>. Igualmente, los pactos sucesorios, en cuanto que suponen transigir sobre la herencia futura, pueden soslayar la función social que une a la herencia con la familia. Pero si importante es la familia, por otro lado, también hemos visto la relevancia de la empresa familiar y el papel que ésta juega a nivel económico-social, que la hace merecedora de normas que velen por su continuidad. Así pues, en ese sentido, las propuestas del presente trabajo tratan de conciliar el principio constitucional de protección a la familia<sup>37</sup>, con derecho a la herencia y a la propiedad privada<sup>38</sup>, con el derecho a la libertad de empresa<sup>39</sup> y, como no, con el derecho al libre desarrollo de la personalidad<sup>40</sup>, así como mostrando el máximo respeto por todos estos derechos constitucionales, lo que se traduce como: legítimas sí, pero con condiciones; mayor flexibilidad para el empresario testador; y admisión de pactos sucesorios respetuosos con los legitimarios. Conjugar estos tres elementos, debidamente moderados, ayudaría, y mucho a solucionar la problemática de la sucesión de la empresa familiar. En otras palabras, es necesario modernizar el actual sistema sucesorio, adaptándolo a los nuevos modelos de familia, empresa y sociedad analizados a lo largo del presente trabajo.

##### **4.1.1.- Flexibilización de las legítimas.**

Antes de empezar a hablar de las legítimas en sentido estricto, sería conveniente tratar el tema de las causas de desheredación. A este respecto, en cuanto a la desheredación de descendientes, dejando de lado las causas de indignidad expresadas en el artículo 756 CC, el artículo 853 CC contempla como causas justas: haber negado alimentos al padre o ascendiente sin motivo legítimo y haberle maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra.

---

<sup>36</sup> Véase referencia 19

<sup>37</sup> Artículo 39 CE

<sup>38</sup> Artículo 33 CE

<sup>39</sup> Artículo 38 CE

<sup>40</sup> Artículo 10 CE

La primera propuesta de *lege ferenda* sería pues la inclusión de un apartado tercero en el artículo 853 CC que amparara una nueva causa de desheredación, fundada en la pérdida de lazos afectivos<sup>41</sup>. Esta pérdida de lazos afectivos, si bien es cierto que en muchas ocasiones no tiene su origen en la voluntad del descendiente, sino que más bien es producto de la propia sociedad en la que vivimos, cuestiones de trabajo, ritmo de vida, migración, etc., no es menos cierto que, también en muchas ocasiones, acaba con el total desentendimiento de los padres por parte del descendiente. De momento nos tendremos que conformar con las interpretaciones de los tribunales<sup>42</sup>, que parecen ir en esa dirección, si bien todavía se encuentran a medio camino. Esta propuesta amplía el grado de libertad de testar.

La segunda propuesta, ésta ya si afectaría directamente a la institución de la legítima, iría encaminada al recorte de las legítimas. En primer lugar debería excluirse de la legítima a los ascendientes (ya se ha comentado en este trabajo el sinsentido que supondría que un matrimonio sin hijos, titular de una empresa forjada con el trabajo de ambos, acabara en manos de los ascendientes de uno de ellos). En segundo lugar, actualmente nuestro Código Civil recoge la tesis de la legítima larga de dos terceras partes en favor de los descendientes, un tercio de legítima estricta más otro tercio para mejorar a los propios legitimarios (artículos 808 y 823 CC). Una reestructuración de la institución de la legítima, suprimiendo el tercio de mejora y manteniendo únicamente la legítima estricta dotaría de mayor libertad de disposición de sus bienes al testador, que podría efectuar una mejor distribución de los mismos, dotando de mayor amplitud al legado de cosa cierta del artículo 882 CC, favoreciendo la adjudicación de la empresa a un único adjudicatario, que bien podría ser un descendiente, el cónyuge, o incluso un extraño.

Supondría la sustitución de la cuota de “las dos terceras partes” del párrafo primero del artículo 808 CC por la cuota de “la tercera parte” y la supresión del párrafo segundo del mismo artículo. El último párrafo referido a la parte de libre disposición haría referencia a las dos terceras partes restantes. La sección sexta contenida en el capítulo segundo del Título III del Libro tercero quedaría abolida, así como cualquier otra referencia al tercio de mejora, o en su defecto, ser sustituida por la parte de libre disposición.

De la conjugación de las dos propuestas anteriores surge una tercera consistente en excluir, a los descendientes que no han querido involucrarse en el negocio familiar, de la participación en la parte de la herencia que representa la empresa. Sería como una “desheredación parcial”. En función del valor que represente la empresa sobre el total del caudal hereditario dicho descendiente sufrirá un “menor o mayor grado de desheredación”. El peor de los casos, sería aquél en el que el único bien del causante fuera la empresa, lo cual supondría una “desheredación total” del descendiente que no ha mostrado interés por la empresa. Esto, que puede resultar criticable para los defensores de la institución de la legítima y su fundamento en la familia puede solucionarse mediante la admisión de pactos de renuncia a la legítima futura, que tal y como se analizará en el siguiente apartado, no tienen porque representar un ataque al principio de protección a la familia.

Por otra parte, la desaparición del tercio de mejora obligaría a reubicar la legítima del cónyuge. Ésta debería de poder converger con la legítima de los descendientes, (y bajo mi punto de vista no debería limitarse al usufructo) de forma que las dos terceras partes de la herencia sigan a la libre disposición del testador. Y ello sin perjuicio de que este último pueda seguir legando a su cónyuge el usufructo vitalicio de todos sus bienes. En tal caso, si los descendientes han sido beneficiados por el testador mediante una adjudicación superior a su cuota legitimaria, la “cautela socini” seguiría operando como hasta ahora, es decir, que si los beneficiados no aceptan pasar por el gravamen de su legítima, verán limitada su porción hereditaria a lo que por legítima estricta les corresponda. En caso contrario, no debería poderse imponer ningún gravamen sobre las legítimas (intangibilidad cualitativa), salvo que el único bien del causante resultara ser la vivienda habitual conyugal y el cónyuge supérstite no dispusiere de otra vivienda en propiedad, en cuyo caso los hijos vendrían obligados a respetar el

---

<sup>41</sup> La relación entre los lazos afectivos y las legítimas ha sido tratada en el apartado 2.3.1 del presente trabajo.

<sup>42</sup> STS 2484/2014 de 3 de junio y STS 565/2015 de 30 de enero. En ambas sentencias se reconoce que el abandono de un padre por parte de un hijo, con la “negación injustificada de asistencia y cuidados”, puede configurarse como un “maltrato moral” (psicológico) equiparable al “maltrato de obra” (físico) como justa causa de desheredación de un heredero forzoso. Ello supone de alguna manera, una ampliación del grado de libertad de testar.

usufructo vitalicio legado por el causante a su cónyuge (entiendo que en este caso estaría justificada la vulneración de la intangibilidad cualitativa). Lo mismo podría ocurrir con la empresa familiar si éste fuera el único bien del causante, o si concurriera con su vivienda habitual, si bien en dicho caso, lo más razonable sería que el cónyuge superviviente satisfaga las legítimas en dinero, ya sea por la vía del artículo 841 CC, o creando otro supuesto especial, o bien por la vía del artículo 1056.2 CC.

Esto facilitaría a los matrimonios que poseen una empresa conjuntamente, poder adjudicar la misma al cónyuge superviviente. Esta opción bien utilizada (habiendo beneficiado al cónyuge con la parte de libre disposición) vendría a actuar como una fiducia sucesoria conyugal, pues con la adjudicación al cónyuge se le da continuidad a la empresa y al mismo tiempo se pospone para el futuro el traspaso generacional, que queda en manos del cónyuge que sobrevive, en el que el testador ha depositado toda su confianza (fiducia).

A estas alturas del estudio debemos estar ya convencidos de que esa voluntad del testador, de depositar la confianza en quien él tenga por conveniente, es el máximo exponente de la reivindicación que se hace a una mayor libertad de testar, al menos, para poder dar continuidad a la empresa familiar. Y para salvaguardar la voluntad del testador se hace necesario flexibilizar al máximo las legítimas, bien adelgazándolas como hemos visto hasta ahora, bien acomodándolas, más si cabe, con las propuestas de mejora del artículo 1056.2 CC. Pero lo importante es resaltar que esa reducción de las legítimas no tiene porqué perjudicar a los descendientes, pues si bien es cierto que ven reducidas sus expectativas, nada impide al testador adjudicarles la parte de libre disposición, lo cual va a depender en gran medida de los mismos valores de siempre: mantenimiento de lazos afectivos, solidaridad, actos de buena fe, interés en el negocio familiar, buena reputación familiar, etc. De hecho con la legítima larga ocurre lo mismo, es decir, se genera una expectativa para el descendiente que detente esos valores; pero ya se han visto los problemas que las legítimas causan a la sucesión de la empresa familiar.

Finalmente, cuando a pesar de su reducción, las legítimas siguen impidiendo al testador empresario disponer expresamente en su testamento del destino de la empresa, de tal forma que evite su división, éste podrá utilizar el mecanismo del artículo 1056.2 CC. Las propuestas de *lege ferenda* para este instrumento sucesorio pasan por flexibilizar el pago de las legítimas.

En primer lugar debería poder ampliarse el plazo más allá de los cinco años, el cual podría fijarse en función del valor a satisfacer. En cualquier caso, sería conveniente que pudiera pactarse entre las partes. Esta propuesta encuentra su fundamento en el hecho de que la empresa se presenta como una realidad dinámica, en la que la configuración de su patrimonio cambia constantemente, adquiriendo nuevos activos, asumiendo nuevas obligaciones, estando expuesta a imprevistos como impagos, posibles sanciones administrativas, ciclos económicos que la exponen a una disminución del volumen de operaciones y a pérdidas económicas. Ello supone un hándicap para el adjudicatario que no cuenta con recursos propios y que tiene que asumir el pago de las legítimas con el dinero que genera la propia empresa. En tal caso, la asunción de esos pagos en el momento de la apertura de la sucesión podría mermar la liquidez de la empresa, generando tensiones de tesorería que afectarían a las previsiones de pago asumidas por la empresa con anterioridad, lo cual pone en peligro la viabilidad de la empresa. Evidentemente, la decisión de extender el pago más allá de los cinco años actualmente previstos no podría quedar al libre arbitrio del adjudicatario, haciéndose necesario un mecanismo para estudiar la necesidad del aplazamiento y la forma en que éste debiera llevarse a cabo. Para ello sería necesaria la autorización de un juez mercantil, a la vista de informes elaborados por expertos independientes, algo similar a lo que ocurre en los procesos concursales con la intervención de la figura del administrador concursal. Otra posibilidad sería acudir a mecanismos de mediación y arbitraje.

Por otra parte, no hay que olvidar que los legitimarios cuentan con un derecho de crédito preferente, que supone que todos los bienes que componen el caudal relicto, entre los que se encuentran los activos de la empresa, se encuentran afectos al pago de las legítimas. Entendiendo que el derecho de los legitimarios debe ser protegido, y que ello supone un escollo más para el adjudicatario que tenga que hacer frente con el dinero que genere la empresa, puesto que la inscripción de ese derecho de crédito en el registro de la propiedad inmobiliaria o en el registro de bienes muebles le va

a restar posibilidades de financiación, no resulta irracional la propuesta planteada, a fin de garantizar la viabilidad de la empresa y por tanto, su continuidad.

En segundo lugar, y por los mismos motivos que se acaban de exponer, debería aceptarse el pago con otros bienes, siempre que exista acuerdo entre las partes sobre su valoración. En ese sentido, la redacción del artículo 1056.2 CC debería ser más explícita, añadiendo a la expresión “cualquier otro medio de extinción de las obligaciones”, que el pago pueda realizarse, de común acuerdo, mediante la entrega de otros bienes por parte del adjudicatario, pues a pesar de que el artículo 1156 CC recoge varias formas de extinguir las obligaciones, finalmente debe imperar el principio de la voluntad de las partes del artículo 1255 CC.

Finalmente, y aunque pertenezca a otra rama del derecho, me parece apropiado incluir ahora una propuesta de carácter fiscal, por la estrecha relación que guarda con el artículo 1056.2 CC, pues si el adjudicatario fuera un tercero ajeno a la familia, además de hacer frente al pago de las legítimas se vería obligado al pago del ISD. Si se aboga por la continuidad de la empresa, aunque deje de ser familiar, estaría más que justificada la ampliación del ámbito subjetivo de la reducción del artículo 20.1.c) del ISD<sup>43</sup> a los adjudicatarios no familiares.

#### **4.1.2.- Admisión de los pactos sucesorios.**

Ya se ha dicho con anterioridad que la problemática de la sucesión de la empresa familiar quedaría resuelta con la admisión de los pactos sucesorios, de hecho se han mostrado algunos ejemplos al respecto. En efecto, la sucesión contractual es el principal instrumento con el que puede contar el empresario para llevar a cabo una ordenada sucesión de la empresa familiar.

En ese sentido, para LACRUZ-SANCHO<sup>44</sup>, el pacto sobre la sucesión futura se presenta como una solución razonable a las aspiraciones de uno y otro otorgante.

En palabras de LACRUZ<sup>45</sup>, la sucesión contractual tiene en su favor el respeto a la autonomía de la voluntad, y además, destaca el argumento de orden económico y sociológico de su cooperación a la conservación del patrimonio familiar.

Y es precisamente el principio de la autonomía de la voluntad<sup>46</sup> la base de todo argumento en favor de la sucesión contractual, en tanto que es el principio que rige la teoría general de los contratos en nuestro Derecho.

Por tanto, si por un lado tenemos que el fundamento de la sucesión mortis causa es la continuidad de las relaciones jurídicas del causante; y por otro lado tenemos que el fundamento de los contratos es el principio de la autonomía de la voluntad, no existe ningún impedimento estructural para la celebración de pactos sucesorios, pues estos no resultan contrarios al Derecho natural, siendo el Derecho positivo el que se ha encargado de establecer esa prohibición contraria a los derechos fundados en la naturaleza humana, los derechos que le son inherentes al hombre y que fielmente recoge la Declaración Universal de Derechos Humanos, a saber: la libertad, la dignidad de la persona y la propiedad.

Si precisamente la libertad para contratar (autonomía de la voluntad) sirve como protectora de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, y dicha libertad le permite disponer

---

<sup>43</sup> Artículo 20.1.c) LISD: “En los casos en los que en la base imponible de una adquisición «mortis causa» que corresponda a los cónyuges, descendientes o adoptados de la persona fallecida, estuviese incluido el valor de una empresa individual, de un negocio profesional o participaciones en entidades, a los que sea de aplicación la exención regulada en el apartado octavo del artículo 4 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, del Impuesto sobre el Patrimonio,... para obtener la base liquidable se aplicará en la imponible, con independencia de las reducciones que procedan de acuerdo con los apartados anteriores, otra del 95 por 100 del mencionado valor...”

<sup>44</sup> LACRUZ-SANCHO: “Derecho de Sucesiones”, Barcelona, 1981, página 382.

<sup>45</sup> LACRUZ: “Elementos de Derecho civil”, V, Derecho de sucesiones, Barcelona, 5ª edición, 1993.

<sup>46</sup> Artículo 1255 CC: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”.

libremente de sus bienes mientras vive, ¿qué sentido tiene que se le impida celebrar un contrato para determinar el destino de sus bienes tras su fallecimiento?

Tras haber analizado la problemática jurídica con la que se encuentra la empresa familiar ante una sucesión *mortis causa*, y conociendo los fundamentos de la sucesión contractual, y contrastándolos con los fundamentos que la prohíben, expuestos en el correspondiente apartado, resulta incomprensible que nuestro ordenamiento jurídico siga proscribiendo los pactos sucesorios.

A nadie se le escapa que los pactos sucesorios guardan una estrecha relación con las legítimas, puesto que sin la abolición de estas últimas, o al menos, su flexibilización, los pactos sucesorios carecerían de sentido, puesto que quedarían condicionados por el cumplimiento de las legítimas. Pero con independencia de la pérdida de fundamento de las legítimas, cabe decir que los pactos sucesorios pueden ser tanto de suceder, como de no suceder, lo que implica una renuncia a suceder, y por tanto, a la legítima futura, si bien el pacto puede incluir un precio a cambio de dicha renuncia, con lo que se consideraría satisfecha la legítima.

En efecto, un pacto sucesorio podría consistir en una renuncia a la legítima futura. ¿Por qué cerrar esa puerta a un empresario y su descendiente que no quiere hacerse cargo de la empresa? Este último podría acceder a la renuncia de su legítima a cambio de un precio. Imaginemos un caso de aplicación conjunta de varias de las propuestas planteadas hasta ahora. Uno de los dos hijos de un empresario casado rehúsa a hacerse cargo de la empresa; con el sistema propuesto de legítima estricta de un tercio (sin mejora e incluyendo la legítima viudal), con la flexibilización de la intangibilidad de la legítima y con la amenaza de quedar desheredado por desentenderse del negocio familiar, a lo máximo que puede aspirar es a permanecer pasivo hasta la muerte de su padre para, en base al artículo 1056.2 CC cobrar su legítima en cinco o más años. Mediante un pacto sucesorio podría conseguir una contraprestación económica que satisficiera sus necesidades actuales. Piénsese que la empresa puede atravesar problemas en el futuro, o incluso desaparecer.

El derecho a la propiedad privada y a la herencia que promulga el artículo 33 CE cabe entenderlo como comprendido en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues no se entendería que alguien que pueda ejercer el libre desarrollo de la personalidad se viera privado de poseer bienes a título privado y disponer libremente de los mismos. El único límite al ejercicio del derecho a la propiedad privada y a la herencia, o lo que es lo mismo, a la libertad de disponer, debería fundamentarse en una función social, tal y como se indica en el artículo 33.2 CE, si bien, añade el mismo precepto, de acuerdo con las leyes, motivo por el cual debería ponerse en relación con el artículo 10 CE, principal exponente constitucional de los derechos fundamentales, según el cual, tales derechos son fundamento del orden político y la paz social, por lo que cabe concluir que el libre desarrollo de la personalidad encierra la libertad de elegir sucesor.

Respecto de la función social delimitadora del derecho a la herencia, si bien es cierto que en el pasado las legítimas cumplían con dicha función, actuando como instrumento de equidad, en el presente trabajo se han expuesto suficientes argumentos que evidencian la desnaturalización de las legítimas y su más que dudoso cometido en la sociedad actual.

Por todo lo expuesto, no parece razonable delimitar el derecho a la herencia, por cuanto no existe actualmente una función social de suficiente entidad para ello. Por tanto, nada obsta para que la sucesión *mortis causa* sea ordenada por negocio jurídico unilateral (como el testamento), o bilateral, como el contrato o pacto.

No obstante, siguiendo la línea de respetar todos los derechos en juego, al igual que las propuestas sobre las legítimas (sobre las que no se ha planteado su abolición), el presente estudio aboga, más que por la admisión de la sucesión contractual, por una mayor permisibilidad de los pactos sucesorios, que si bien deben convivir con una legítima estricta, y corta (un tercio o incluso un cuarto), se admita negociar sobre la forma en que debe satisfacerse. Estos pactos de no suceder serán necesarios en muchas ocasiones para allanar el camino a la auténtica sucesión contractual, que serían los pactos de suceder.

En cuanto a los pactos de suceder, una vez respetados los derechos legitimarios, al igual que ocurre con cualquier contrato, estos no deberían tener más límites que la propia ley<sup>47</sup>. Como no podría ser de otra forma, estos pactos permitirán al transmitente la inclusión de condiciones encaminadas a asegurar la conservación y continuidad de la empresa.

Estas propuestas trasladadas al Código Civil supondrían una modificación de los siguientes artículos:

En el artículo 658 CC se abriría una tercera vía, destinada a la sucesión contractual, indicando que se deberá pasar por los derechos de los legitimarios, bien con el cumplimiento forzoso tras la muerte del causante, o bien mediante el pacto de no suceder del artículo 816 CC, que cambiaría su redacción para recoger la admisión de dicho pacto. Finalmente, el segundo párrafo del artículo 1271 CC perdería su vigencia, sin perjuicio de que pudiera remitirse a una hipotética regulación de pactos sucesorios, tal como se propone en el siguiente párrafo.

Otra opción sería abrir un debate sobre los pactos sucesorios, a fin de incluir una sección en el Código Civil que regule su contenido, con lo que los artículos anteriores se remitirían a dicha sección.

Finalmente, decir que la discusión sobre los problemas de constitucionalidad de los pactos sobre la herencia futura pierden fuerza desde el momento en el que son admitidos en territorios con derecho civil propio, tal y como se verá en el último apartado de este trabajo. En cualquier caso, cabe insistir en que las propuestas planteadas no pretenden serlo en términos categóricos, sino intentando respetar todos los derechos constitucionales que entran en juego, si bien es cierto que el derecho constitucional que mayor respeto exige es el derecho a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad del artículo 10 CE, pues no deja de ser la piedra angular del sistema constitucional de derechos y libertades. Con todo ello, la conjugación de algunas de estas propuestas, si bien no erradican la problemática, ofrecen soluciones menos gravosas para la sucesión de la empresa familiar.

#### **4.2.- Hacia un estatuto de la empresa familiar. Regulación de los protocolos familiares.**

La primera parte del título del presente apartado hace referencia al título del trabajo realizado por el notario y Doctor en Derecho Francisco Javier Olmedo Castañeda, al que es aconsejable remitirse para un mayor conocimiento sobre el tema<sup>48</sup>.

De la mano del Derecho mercantil y societario sería más que recomendable la aprobación de un estatuto de la empresa familiar. Sobre ello ya se debatió en la Ponencia de Estudio para la problemática de la Empresa Familiar, cuyo informe<sup>49</sup> concluyó que sería muy complejo aprobar un estatuto normativo que abordara y abarcara tan extenso campo de actuación, en clara alusión a la gran variedad y tipología de empresas familiares (desde microempresas hasta grandes empresas). La extensión de este trabajo tampoco permite abordar este tema, que por otra parte pretende incidir en el aspecto sucesorio de la empresa familiar, más que en aspectos mercantiles. No obstante, sí considero necesaria una reforma encaminada, al menos, a la unificación de toda la legislación mercantil en un único Código mercantil, que de hecho se encuentra en fase de anteproyecto<sup>50</sup>. Dicho cambio, necesario desde el punto de vista codificador, evitando la dispersión de normas de una misma naturaleza, debería incluir una nueva forma societaria para la empresa familiar, con un estatuto propio que la dote de instrumentos para minimizar su específica problemática, entre la que se encuentra la sucesión o cambio generacional.

Por dejar algunas propuestas concretas, a la ya mencionada creación de un nuevo tipo de sociedad, ya sea anónima o de responsabilidad limitada, pero con el carácter de familiar, habría que añadir

---

<sup>47</sup> Artículo 1255 CC: Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público.

<sup>48</sup> OLMEDO CASTAÑEDA, F.J.: “Hacia un estatuto de la empresa familiar. Necesarias reformas legales”. Cuadernos de Derecho y Comercio (Número extraordinario 2017), (págs. 369-441).

<sup>49</sup> Véase referencia 15.

<sup>50</sup> La última actualización del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil, de fecha 14/05/2019 puede consultarse en el portal de transparencia de la Administración General del Estado.

unos estatutos que se adaptaran a dicho tipo de sociedad, en los que se permitiera la emisión de acciones o participaciones de distintos tipos, a saber, acciones o participaciones familiares y acciones o participaciones no familiares, careciendo estas últimas de voto, de forma que la sociedad pueda financiarse sin perder el control familiar de la empresa; y limitando la transmisibilidad de las primeras para evitar la entrada de terceros ajenos a la familia.

Por otra parte, a pesar de que son numerosas las voces que exigen una regulación de los protocolos familiares, a efectos sucesorios pienso que no se puede aportar nada mientras la legislación Civil no abra la puerta a la sucesión contractual. En ese caso, los pactos sucesorios que tuvieran por objeto la empresa podrían, de hecho deberían, incorporarse al protocolo familiar, que gracias a su publicación aseguraría la irrevocabilidad del pacto y su debido cumplimiento.

La recomendación de la Comisión Europea de 7 de diciembre de 1994 sobre transmisión de PYMES; y en el Foro de Lille, celebrado el 3 y 4 de febrero de 1997, abogaba por la supresión de las prohibiciones legales de los pactos sucesorios, por ser unos instrumentos que facilitan la continuidad de la empresa familiar. Estas recomendaciones iban dirigidas a los estados miembros con la finalidad de que tomaran las medidas legales oportunas para allanar el camino de la sucesión de la empresa familiar.

En la Comunicación de la comisión Europea sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas (98/C 93/02), publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas C93/2, de 28/03/1998, se insiste en lo nocivo para la empresa familiar de la prohibición de los pactos sucesorios, y recomienda que se supla con los protocolos familiares<sup>5152</sup>.

#### **4.3.- Qué pueden aportar los Derechos forales.**

El estado español es un estado plurilegislativo, con la existencia de territorios con código civil propio, cada uno de los cuales cuenta con distinto grado de libertad de testar, entendida esta como un menor o mayor poder de disposición de sus bienes para el testador, con menor o mayor restricción, así como también referida al grado de permisibilidad para llevar a cabo pactos sucesorios, ya sean estos de suceder o de no suceder. Algunos de estos sistemas sucesorios territoriales nos pueden proporcionar normas susceptibles de ser importadas por el Derecho común.

En la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, la legítima de los descendientes se limita a un cuarto del activo hereditario<sup>53</sup>. Además, no se computan las donaciones, hechas a no legitimarios, más allá de los diez años anteriores a la muerte del causante.

Existe en el Código Catalán una causa de desheredación basada en la ausencia manifiesta y continuada de la relación familiar entre el causante y el legitimario si es exclusivamente imputable a éste último<sup>54</sup>, cual es una de las propuestas planteadas en el presente trabajo, entendiéndose que se trata de una demanda implícita de la sociedad en la que vivimos.

Se contemplan algunas excepciones a la prohibición de la renuncia a la legítima, abriendo las puertas a posibles pactos<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> Se dice: “Otra forma de acrecentar la continuidad de la empresa es la utilización de pactos de empresa o protocolos familiares. Sobre todo en el caso de empresas familiares se pueden utilizar estos acuerdos para preservar determinado número de normas de gestión de una generación a otra. Ya se emplean en alguna medida en Francia y en España, con el fin de paliar las consecuencias de la prohibición de los pactos sobre futura sucesión. No obstante, está claro que estos acuerdos seguirán siendo una solución relativamente insatisfactoria en relación con los pactos de sucesión admitidos en la mayoría de los Estados miembros. Los Estados miembros que prohíben los pactos sobre la futura sucesión (Italia, Francia, Bélgica, España y Luxemburgo) deberán pensar en la posibilidad de autorizarlos, ya que esta prohibición complica innecesariamente la correcta gestión del patrimonio”.

<sup>52</sup> FERRER VANRELL, M.P.: “La problemática de los protocolos familiares en el ámbito sucesorio”, en “El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista. Tomo II.

<sup>53</sup> Artículo 451.5 del Código Civil de Cataluña (en adelante CCCat).

<sup>54</sup> Artículo 451.17 CCCat.

<sup>55</sup> Artículo 451.26 CCCat.

En cuanto a pactos sucesorios el Derecho civil catalán cuenta con la figura de los heredamientos, por medio de la cual se confiere a la persona o personas instituidas la calidad de sucesoras universales del heredante, con carácter irrevocable, salvo algunas excepciones<sup>56</sup>. Si el heredamiento tiene como finalidad el mantenimiento o la continuidad de la empresa familiar, para una eventual transmisión onerosa de la empresa en vida del heredante, se necesitará el consentimiento expreso de la persona instituida, si es otorgante del pacto sucesorio. Asimismo, pueden pactarse normas sobre la administración de la empresa, los cuales podrán incluirse en los estatutos sociales de la empresa familiar y publicarse en el Registro Mercantil.

En el Derecho sucesorio aragonés, regulado actualmente por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, los pactos sucesorios prevalecen frente al testamento, y ambos son compatibles entre sí<sup>57</sup>. El único límite que se impone a los pactos sucesorios es el respeto a la legítima, y el testamento puede ser tanto individual como mancomunado<sup>58</sup>.

Respecto a la institución de la legítima, los únicos legitimarios son los descendientes. Si bien la cuota legitimaria es de la mitad del caudal computable, hay que resaltar que es colectiva, lo cual permite al causante dejar todos los bienes a uno solo de sus descendientes, si así lo desea<sup>59</sup>.

También es colectiva la legítima en el Derecho Civil Vasco, regulado por la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco (en adelante LDCV), que es de un tercio<sup>60</sup>. El artículo 18 de la citada ley establece que la sucesión puede deferirse por testamento o por pacto sucesorio. Los pactos pueden ser tanto para disponer de bienes *mortis causa*, como para renunciar a los derechos sucesorios de una herencia o parte de ella en vida del causante de la misma. Incluso cabe la posibilidad de disponer de los derechos sucesorios pertenecientes a la herencia de un tercero con consentimiento de éste<sup>61</sup>.

La Ley anterior a la LDCV, en concreto la Ley 3/1992 de Derecho Civil Foral del País Vasco, contenía un artículo de gran utilidad para el estudio de la sucesión de la empresa familiar. Concretamente, el artículo 154 de dicha ley venía a decir, entre líneas, que si el causante dispusiere del caserío<sup>62</sup> en favor de alguno o algunos de sus herederos forzosos, el valor del caserío no se computará en el caudal para el cálculo de las legítimas. La figura del caserío es perfectamente extrapolable a la empresa familiar.

También se admiten los pactos sucesorios y el testamento mancomunado en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia, siendo en este caso la legítima de los descendientes de un cuarto del valor del haber hereditario líquido.

Donde realmente se han esforzado por regular un sistema que garantice una sucesión ordenada de la empresa familiar es en las Islas Baleares. En esta comunidad autónoma el Derecho sucesorio se encuentra en el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares (en adelante CDCIB).

El artículo 6 CDCIB admite la sucesión contractual, con amplia regulación de la donación universal de bienes presentes y futuros, que confiere al donatario la cualidad de heredero contractual del donante y le transmite los bienes presentes incluidos en ella<sup>63</sup>. Con la donación universal el donante atribuye al donatario bienes de presente, y a su vez, le instituye heredero de forma irrevocable. Si bien es cierto que cabe la posibilidad de que el donante se reserve parte de los bienes presentes, o incluso

---

<sup>56</sup> Artículo 431.18 CCCat.

<sup>57</sup> Artículo 317 del Código del Derecho Foral Aragonés (en adelante CDFa).

<sup>58</sup> Artículo 318 CDFa.

<sup>59</sup> Artículo 486 CDFa.

<sup>60</sup> Artículos 48 y 49 de la Ley de Derecho Civil Vasco (en adelante LDCV).

<sup>61</sup> Artículo 100 LDCV.

<sup>62</sup> Véase el concepto de caserío en el artículo 97 de la actual LDCV. Lo que vendría a ser una explotación agraria y por analogía, una empresa familiar.

<sup>63</sup> Artículo 8 y ss y artículo 73.3 CDCIB.



reservarse la facultad de disponer, la naturaleza de irrevocable<sup>64</sup> convierte a la donación universal en un instrumento eficaz para la transmisión de la empresa familiar, pues el donatario y futuro heredero asume responsabilidades en el presente, con la certeza de que los frutos de su esfuerzo lo serán en beneficio propio.

Por otra parte, el Derecho sucesorio balear cuenta con la figura de la *deffinitio*<sup>65</sup> o renuncia a la legítima futura. La *deffinitio* se encuentra regulada en los artículos 50, 51 y 77 CDCIB. Efectivamente, la definición es una renuncia a la legítima que allana el camino al testador empresario que persigue la transmisión de la empresa de forma indivisa, figura reclamada en este trabajo para el Derecho común, por cuanto resulta indispensable para eliminar barreras al testador empresario.

Para FERRER VANRELL “estas dos instituciones se complementan de tal forma que son el medio idóneo con las que el Fundador o titular de la Empresa podrá organizar la sucesión de forma irrevocable”<sup>66</sup>, algo a lo que también se ha aludido en el presente trabajo, es decir, la conjugación de distintas figuras sucesorias “modernas” para conseguir una sucesión de la empresa familiar, con garantía de continuidad, sin menoscabar los derechos de los legitimarios, ofreciéndoles la posibilidad de, en base a la autonomía de la voluntad, pactar la percepción de sus derechos en un momento distinto a la muerte del causante.

Pero si existe el paraíso del empresario testador, o cualquier testador que se precie, este se encuentra en Navarra. En la Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, también conocida por el Fuero Nuevo de Navarra (en adelante FNN), rige el principio sucesorio de libertad de disposición de bienes. Si bien existen algunas limitaciones, entre las que cabe citar el usufructo legal de fidelidad<sup>67</sup> y la legítima<sup>68</sup>, la admisión de pactos sucesorios permite salvarlas. Se admite la renuncia en escritura pública al usufructo legal de fidelidad, ya sea antes o después de la celebración del matrimonio. Igualmente es válida la renuncia a la herencia futura en escritura pública.

Pero a mayor abundamiento, la legítima en el FNN, que sólo corresponde a los descendientes, no tiene contenido patrimonial exigible, ni atribuye la cualidad de heredero<sup>69</sup>, lo cual ofrece al causante la posibilidad de realizar un reparto desigual entre los legitimarios, e incluso, desheredar totalmente a alguno o a todos ellos<sup>70</sup>. Ello viene a significar una libertad absoluta de testar de los navarros, lo que haría innecesario el pacto de renuncia a la legítima, pues no se puede pactar sobre algo que no se tiene o no se puede exigir. En ese sentido, es especialmente ilustrativa la doctrina del Tribunal Supremo<sup>71</sup>.

Tal como puede observarse, las normas forales analizadas, algunas por sí mismas, otras mediante su combinación, ofrecen mayor libertad de testar que las normas de Derecho común, o cuanto menos, brindan mayor posibilidad al testador para mantener indiviso el patrimonio transmitido, algo crucial para la transmisión y futura conservación de la empresa familiar.

---

<sup>64</sup> Artículo 74 CDCIB.

<sup>65</sup> El artículo 50.1 CDCIB dice “Por el pacto sucesorio conocido por definición, los descendientes, legitimarios y emancipados, pueden renunciar a todos los derechos sucesorios, o únicamente a la legítima que, en su día, pudieran corresponderles en la sucesión de sus ascendientes, de vecindad mallorquina, en contemplación de alguna donación, atribución o compensación que de éstos reciban o hubieren recibido con anterioridad”.

<sup>66</sup> FERRER VANRELL, M.P.: “La problemática de los protocolos familiares en el ámbito sucesorio”, en “El patrimonio sucesorio. Reflexiones par un debate reformista. Tomo II.

<sup>67</sup> Leyes 253 y ss FNN.

<sup>68</sup> Leyes 267 y ss FNN.

<sup>69</sup> Ley 267 FNN.

<sup>70</sup> DE BARRON ARINCHES, P: “La legítima y el pacto de non succedendo en el Derecho foral de Navarra”.

<sup>71</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1864 y de 1 de febrero de 1913: “tienen los padres navarros libertad absoluta de disponer como quisieren de sus bienes, aunque sea en favor de extraño, con tal que dejen a sus hijos la legítima foral consistente en cinco sueldos y una robada de tierra en los montes comunes”.

## CONCLUSIONES.

Por la propia estructura y la dinámica del trabajo me he visto obligado a extraer las conclusiones oportunas a medida que he ido avanzando en el estudio de la materia, e igualmente se ha hecho necesario plasmar dichas conclusiones en cada una de las secciones, bien sea en forma de crítica o en forma de propuesta. No obstante, aunque sólo sea por mera formalidad, merece la pena dedicar un apartado en incidir, si bien de forma muy sucinta, en el eje central del estudio y la principal aportación del presente trabajo, la cual es el resultado de la suma de todas las conclusiones obtenidas.

El planteamiento inicial gira en torno a los problemas que dificultan la continuidad de las empresas familiares tras el cambio generacional, principalmente el paso de la primera a la segunda generación, es decir, el que supone la transmisión de la empresa de su fundador a sus sucesores. Nadie mejor que el propio empresario sabe que es lo más conveniente para su empresa, no en vano gracias a la toma de sus decisiones la empresa está en condiciones de sobrevivirle. En cambio, llegado el momento de tomar la que probablemente sea la decisión empresarial más importante de su vida, nombrar a su sucesor empresarial, se encuentra condicionado por la propia ley.

Así pues, en síntesis, la principal aportación del presente trabajo ha sido la de exhibir la necesidad de cambiar el actual significado del término “libertad de testar”, vinculado a la familia y avalado por la idea de que la voluntad del hombre es mudable, por una concepción mucho más abierta que ponga en valor el principio de la autonomía de la voluntad, de tal manera que permita al testador ejercer el derecho fundamental al libre desarrollo de su personalidad. En definitiva, la demanda de un sistema hereditario más transigente, especialmente cuando se trata de transmitir *mortis causa* una empresa familiar.

## VALORACIÓN.

Cuando decidí la temática del trabajo, en parte por mi devoción al mundo de la empresa, y en parte por la vivencia, de cerca, de algunos procesos sucesorios en los que descubrí algunas injusticias del actual sistema hereditario, no pensé que la redacción de este trabajo iba a suponer para mí la experiencia más gratificante que he vivido a lo largo de mis años de estudiante. Adentrarme en el mundo de la investigación ha sido altamente estimulante. A largas horas de lectura recabando y almacenando información le suceden hartos ratos en los que no fluyen las palabras para expresar los conocimientos. Entonces toca ordenar las ideas y reflexionar sobre lo que quieres expresar, y de pronto, te encuentras con la punta del iceberg. A partir de ahí sólo es cuestión de tirar del hilo para ir descubriendo nuevos elementos (artículos que se relacionan con otros preceptos, incluso que hay que ponerlos en relación con artículos de otras leyes; derechos que colisionan entre sí, normas sobre las que cuestionarse su constitucionalidad; comentarios de distintos autores, cada cual diferente de los demás; etc.). Entonces, casi sin darte cuenta, notas que te has formado tu propia opinión, y es en ese momento cuando la redacción se hace fluida y escribes con el convencimiento que te otorga el conocimiento de causa.

Para finalizar, y también para reflexionar, tengo que decir que, al menos en mi caso, el tiempo de dedicación al TFG ha excedido con creces al de cualquier otra asignatura.

## BIBLIOGRAFÍA.

- ALBALADEJO, M. (1990-2003). Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Madrid: Edersa.
- ALDERSON, K. (2001). *Understanding the Family Business*. New York: Business Expert Press.
- BAREA, M.T. *Cuadernos de Derecho y Comercio* (Núm. Extraordinario 2017), (págs. 297-344).
- CREMADES, P. (2014). *Sucesión mortis causa de la empresa familiar. La alternativa a los pactos sucesorios*. Madrid: Dykinson.
- CUCURULL, T. (2015). *El protocolo familiar mortis causa*. Madrid: Dykinson.
- DE BARRON, P. La legítima y el pacto de “non succedendo” en el Derecho Foral de Navarra.

- DÍAZ, M.A.; DÍAZ, E. (2011). Reflexiones sobre el Real Decreto Español 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los Protocolos Familiares. *Pecunia* (núm 12 enero-junio 2011), (págs. 91-118).
- DÍEZ, C.M. (2010). El pago de las legítimas en dinero: un instrumento para planificar la sucesión en la Empresa Familiar. *Revista de empresa familiar*.
- FERRER, M.P. La problemática de los protocolos familiares en el ámbito sucesorio. La sucesión contractual como elemento de firmeza. En *El patrimonio sucesorio. Reflexiones para un debate reformista*. Tomo II. (págs. 1483-1512).
- GALLEGO, I. (2012). La empresa familiar. Su concepto y delimitación jurídica. *Cuadernos de reflexión de la Cátedra Prasa de la empresa familiar*. (Cuaderno núm. 14).
- GARCÍA, E. (2017). *Cuadernos de Derecho y Comercio* (Núm. Extraordinario 2017), (págs. 631-731).
- GARCIA, V. (2011). La sucesión en la empresa familiar. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. (Número 726), (págs. 1927-1959).
- HUERTA, A. (2004). La empresa familiar ante el fenómeno sucesorio. *Revista jurídica del notariado* (abril-junio 2004), (págs. 93 y ss.).
- LACRUZ, J.L. (1993). Derecho de Sucesiones. En *Elementos de Derecho Civil*. V. Barcelona: Bosch.
- LACRUZ, J.L.; SANCHO, F. (1981). Derecho de Sucesiones. En *Elementos de Derecho Civil*. V. Barcelona: Bosch.
- LANSBERG, I. (1997). *Generation to Generation: Life Cycles of The Family Business*. Harvard: Business School Press.
- LLEDÓ, F.; MONJE, O.; HERRAN, A. I.; GUTIERREZ, A.; URRUTIA, A. (2017). La sucesión contractual. En *Cuadernos teóricos Bolonia. Derecho Sucesorio*. Madrid: Dykinson.
- MARTINEZ-GIL, I. *Cuadernos de Derecho y Comercio* (Núm. Extraordinario 2017), (págs. 581-630).
- MONJE, O. (2010). Restricción a la libertad de disposición mortis causa. *Cuadernos Prácticos Bolonia*. Sucesiones. Cuaderno IV. (págs. 153-188).
- O'CALLAGHAN, X. (2016). Derecho de Sucesiones. En *Compendio de Derecho Civil*. Tomo 5. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- OLMEDO, F.J. *Cuadernos de Derecho y Comercio* (Núm. Extraordinario 2016), (págs. 369-441).
- OLMEDO, F.J. (2017). Hacia un estatuto de la empresa familiar. Necesarias reformas legales. *Cuadernos de Derecho y Comercio* (Núm. Extraordinario 2017), (págs. 369-441).
- REYES, M.J. (2005). El patrimonio del empresario familiar individual. En la obra colectiva *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*. Tomo I. Barcelona: Bosch.
- ROCA, M. (2005). La empresa familiar en el ordenamiento jurídico interno y comunitario. En la obra "El Patrimonio Familiar y empresarial. Sus protocolos", coordinado por M. Garrido Melero y J.M. Fugardo Estivill. Tomo IV. Ordenamiento jurídico y empresa familiar. El protocolo familiar, coordinado por V.M. Garrido de Palma. Consejo General del Notariado. Barcelona: Bosch.
- TORRES, T.F.; GARCÍA, M.P. (2014). *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*. Madrid: Fundación coloquio jurídico europeo.
- VAQUER, A. (2017). Acerca del fundamento de la legítima. Indret, *Revista para el Análisis del Derecho* (4/2017).