

**ASPECTOS CIVILES
DE LA EMPRESA FAMILIAR:
ECONOMÍA FAMILIAR
Y SUCESIÓN HEREDITARIA**

Natalia Álvarez Lata

ASPECTOS CIVILES DE LA EMPRESA FAMILIAR: ECONOMÍA FAMILIAR Y SUCESIÓN HEREDITARIA

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

DERECHOS RESERVADOS 2011, respecto a la primera edición en español, por

© Netbiblo, S. L.

netbiblo

www.netbiblo.com

NETBIBLO, S. L.

C/. Rafael Alberti, 6 bajo izq.

Sta. Cristina 15172 Oleiros (La Coruña) — Spain

Tlf: +34 981 91 55 00 • Fax: +34 981 91 55 11

www.netbiblo.com

editorial@netbiblo.com

Miembro del Foro Europeo de Editores

ISBN (Colección): 978-84-9745-877-1

ISBN (Libro): 978-84-9745-878-8

Depósito Legal: C-361-2011

Directora Editorial: Cristina Seco López

Editora: Sheila Martínez Varela

Imagen cubierta: © KonstantinosKokkinis

Producción Editorial: Gesbiblo, S. L.

Impreso en España — Printed in Spain

Autora

Natalia Álvarez Lata es Profesora Titular de Derecho civil de la Universidade da Coruña, desde 2003. Actualmente, es Coordinadora del Máster de Asesoramiento Jurídico Empresarial de la UDC. Doctora por la UDC (1997) con Premio extraordinario, ha completado sus estudios en las Universidades de Bolonia, París, Frankfurt, Coimbra y Oxford. Desde el punto de vista científico, sus áreas actuales de interés son el Derecho consumo, la responsabilidad civil, el Derecho de familia y la discapacidad. Es autora, en éstos y otros temas, de numerosos libros y artículos doctrinales y comentarista de las principales leyes civiles. Ha sido ponente y relatora en diversos congresos y jornadas nacionales e internacionales. Es colaboradora habitual en las labores docentes de la Cátedra de Empresa Familiar de la Universidade da Coruña desde su creación.



Presentación

La Cátedra de Empresa Familiar de la Universidade da Coruña fue creada en Abril de 2005 mediante un convenio de colaboración entre esta Universidad y el Instituto de Empresa Familiar, con el patrocinio de la Asociación Gallega de Empresa Familiar, Caixanova e Inditex. Se trata de un modelo de colaboración entre universidad y empresa cuyo contenido fundamental consiste en el desarrollo de actividades docentes, de investigación y de divulgación de los temas y características diferenciales de las empresas familiares, así como de las distintas problemáticas que afectan a su gestión y crecimiento. En la actualidad existen treinta y siete Cátedras de Empresa Familiar en otras tantas universidades públicas españolas que desarrollan sus actividades bajo la coordinación del Instituto de Empresa Familiar.

La Colección de Materiales Docentes es una iniciativa de la Cátedra de Empresa Familiar de la Universidad de A Coruña, con la que se pretende facilitar un material de acercamiento a las variadas temáticas específicas de la empresa familiar. El material incluido en cada volumen es el resultado de la docencia impartida en la Cátedra de Empresa Familiar en diferentes cursos

académicos por colaboradores procedentes de la universidad y de la empresa. Por su contenido y enfoque eminentemente práctico y aplicado, la colección está dirigida a un amplio abanico de personas interesadas en profundizar en el conocimiento de las empresas familiares. El lector podrá apreciar en el rigor conceptual, la claridad expositiva y la orientación aplicada de los contenidos incluidos en cada obra.

Desde la regulación que establece el Derecho Civil, la presente obra aborda una aproximación a los problemas y situaciones jurídicas que atañen a la familia, entendida como grupo de individuos, más o menos cohesionado, vinculados por el parentesco. Si la empresa familiar tiene como germen o razón de ser a la familia, resulta obvio que lo que a ésta le acontezca y cómo se organice desde un punto de vista legal no le es indiferente en ningún caso. Como podrá experimentar el lector, los temas objeto de análisis en esta obra son numerosos y de gran calado, yendo desde la propia organización y economía del matrimonio o de la pareja de hecho hasta la sucesión hereditaria. Se trata sin duda alguna de una perspectiva imprescindible para la organización y comprensión global de la empresa familiar.

José Antonio Novo Peteiro

Coordinador de la Colección y
Director de la Cátedra de Empresa Familiar
de la Universidade da Coruña

Contenido

Capítulo 1	
Introducción	1
Capítulo 2	
Organización de la economía familiar y su repercusión en la empresa familiar	
2.1. Premisas.....	11
2.2. Aproximación a los regímenes económico-matrimoniales.....	12
2.2.1. La sociedad de gananciales	13
2.2.2. El régimen de separación de bienes.....	16
2.2.3. El régimen de participación.....	17
2.3. Las capitulaciones matrimoniales como vías de modificar y de personalizar los regímenes económico-matrimoniales.....	19
2.3.1. Concepto	19
2.3.2. Las capitulaciones matrimoniales y la empresa familiar	21
2.4. La regulación económica de la pareja de hecho.....	25
2.4.1. Reglas generales en el Derecho común.....	25
2.4.2. La regulación de la pareja de hecho en el Derecho gallego	28

Capítulo 3

Sucesión hereditaria y empresa familiar

3.1.	La sucesión de la empresa familiar	37
3.2.	Fórmulas sucesorias más adecuadas para la continuidad de la empresa familiar	38
3.2.1.	Los pactos sucesorios en la planificación sucesoria.....	40
3.2.2.	Testamento: vías propicias en la sucesión de la empresa.....	48
3.2.3.	La empresa familiar en la partición hereditaria: el recurso al art. 1056.2 CC.....	58

Capítulo 4

Los protocolos familiares como expedientes de continuidad y de ordenación de la empresa familiar

4.1.	El protocolo familiar. Impacto del RD 171/2007, de 9 de febrero	63
4.2.	Cláusulas de los protocolos para asegurar la continuidad de la empresa familiar	67
4.2.1.	Cláusulas sobre elección del régimen económico matrimonial para los sucesores.....	71
4.2.2.	Cláusulas sobre preliquidación de sociedad de gananciales	74
4.2.3.	Cláusulas sobre irrevocabilidad de testamento.....	74
4.2.4.	Cláusulas por las que se obliga a otorgar testamento en un sentido determinado o por las que se nombra heredero a uno determinado	75
4.2.5.	Pactos que establecen condiciones a la transmisión <i>mortis causa</i> de participaciones sociales	77
4.3.	Conclusión: la necesaria correlación entre protocolo familiar y ordenación sucesoria	79

Bibliografía	81
---------------------------	----

Apéndice normativo	83
---------------------------------	----

A.1.	Código civil (selección).....	83
A.2.	Ley 2/2006, de de junio, de Derecho civil de Galicia (selección).....	96
A.3.	Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, que regula la publicidad de los protocolos familiares.....	101
A.4.	RDLeg 1/2010, de 2 de julio, que aprueba la Ley de Sociedades de Capital (selección)	103

Capítulo 1

INTRODUCCIÓN



Las páginas que siguen acometen parcialmente la observación de la problemática que plantea la empresa familiar desde la perspectiva del Derecho civil —el sector del ordenamiento jurídico que regula, entre otras materias y por lo que aquí interesa, la estructura económica de la familia y la sucesión hereditaria—. La íntima conexión existente entre la estabilidad y la continuidad de la empresa familiar y la gestión y destino del patrimonio de los familiares o miembros o socios de esa empresa, constituye el presupuesto del análisis de los mecanismos más eficaces para la ordenación familiar y sucesoria que redunden al tiempo en una mejor planificación del futuro de la empresa. Se trata, en fin, de esbozar algunas propuestas en el ámbito del Derecho común, con alusiones interesadas al Derecho civil de Galicia, que mejoren o faciliten la propia pervivencia y la continuidad de la empresa familiar. Algunas de las cuestiones a resolver serían las siguientes: ¿cuáles son los expedientes más eficaces para asegurar la estabilidad y la continuidad de la empresa familiar?; ¿cómo ha de coordinarse ese objetivo con la propia ordenación familiar y sucesoria de sus miembros?; ¿continuidad de la empresa *versus* autonomía patrimonial de sus miembros?

Como es posible que el lector de este documento no sea conocedor en profundidad del Derecho civil, el análisis de las cuestiones suscitadas viene precedido de un glosario acerca de las reglas o conceptos básicos. Así, antes de la alusión a las relaciones entre organización patrimonial de la familia y empresa familiar, es preciso conocer cuáles son los principios jurídicos bajo los que se organiza patrimonialmente, que se proyectan *grosso modo* en los regímenes económicos-matrimoniales y no matrimoniales. Lo mismo acontecerá en el ámbito de la sucesión hereditaria: previo a considerar las fórmulas más apropiadas para la sucesión de la empresa familiar, resulta obligatorio la exposición, siquiera de forma esquemática, de las reglas de la sucesión *mortis causa*.

Para el tratamiento de las cuestiones planteadas, hay que realizar unas observaciones introductorias previas:

1º En este trabajo el concepto de *empresa familiar* se utiliza en un sentido amplio y multívoco, sin identificarlo con ningún modelo específico, siempre que aúne dos notas esenciales: la existencia de un conjunto de elementos materiales e inmateriales dirigidos al desarrollo de una actividad económica productiva y la titularidad/gestión/control dominado o reservado (o que se pretenda reservar) al ámbito familiar –también en sentido amplio–. En realidad, no se trata de una licencia que nos tomemos aquí; es sabido que no hay un concepto típico de empresa familiar en nuestro ordenamiento jurídico. Aunque la Ley 7/2003, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa, por la que se modificaba la Ley 2/1995, de Sociedades de Responsabilidad Limitada –normas que ahora se contienen en los arts. 434 y ss. de la Ley de Sociedades de Capital (RDLeg 1/2010, de 2 de julio)–, se situó como el punto de referencia de quienes han tratado este tema, lo cierto es que la norma no regula sino una de las posibilidades –caracterizada por una mayor flexibilidad en su constitución, en la llevanza de la contabilidad, además de un régimen fiscal más beneficioso– que el concepto más amplio de “empresa familiar” puede comprender.

Al margen del desarrollo individual del comercio, no se han de descartar otras fórmulas quizás algo menos elaboradas y menos apropiadas también, pero que están presentes en la realidad jurídica, como la comunidad de bienes, cuando se trata de pequeñas empresas. En estos casos, la solución a los problemas que plantea la sucesión de empresa habrá que suministrarla también desde la propia regulación de la comunidad en el CC, a través del establecimiento de cláusulas o pactos que delimiten el derecho de división, consustancial al comunero. Asimismo se trata de integrar en el estudio, cuando es posible, la posición mayoritaria de participaciones en empresas, que ya ha despuntado tímidamente en las reglas sucesorias del CC, sobre todo tras la reforma operada por

la Ley 7/2003; es el caso del art. 1056.2º CC cuando se refiere al “control de una sociedad de capital o grupo de éstas”. Lo cierto es que la transmisión *mortis causa* de participaciones sociales resulta más compleja que la de la propia empresa familiar, en el concepto antes adoptado, debido a los límites que impone la legislación societaria, preservando los intereses de la sociedad. No es simplemente la autonomía privada del socio causante lo que ha de respetarse en esta sucesión sino las normas del contrato de sociedad —legales y estatutarias— que condicionan muchas veces la libre transmisibilidad de las acciones; en este doble juego de intereses las reglas no resultan, sin embargo, ni claras ni armónicas.

2º Una segunda premisa de la que hay que partir es la *constatación de la realidad plural de la empresa familiar*, en lo que respecta a su propia estabilidad o expansión y a los objetivos sucesorios o de continuidad. Cada empresa familiar plantea problemáticas diferentes y puede buscar asimismo objetivos distintos. La continuidad de la empresa y la remoción de obstáculos en la sucesión generacional constituyen fines comunes en las empresas de este cariz; ahora bien, que sean necesariamente la familia o algunos miembros de la familia los garantes de tal continuidad, es otra cosa. La asimilación entre empresa familiar y exclusión de terceros en la sucesión resulta apriorística muchas veces —incluso por el legislador—; obviamente, con todo, cuando se pretenda derivar la empresa familiar hacia derroteros no familiares, no estaremos ya ante una empresa que se caracterice por la nota de “familiar” y, por tanto, su problemática caerá fuera de nuestro foco de atención.

En todo caso, ya en el propio marco de permanencia familiar, las opciones son variadas: concentración del poder en todos los miembros de la familia con la correspondiente exclusión de terceros (a la familia); sucesión de la empresa tanto en la gestión como en la propiedad a favor de uno o algunos de sus miembros —los que se dedican, a ella—; diferenciación entre gestión y titularidad,

cuando ello sea plenamente posible, en la línea de que todos los miembros participen en la misma; o, incluso, exclusión de algunos miembros familiares de las decisiones de gestión/propiedad empresarial. Todas ellas necesitarán de mecanismos jurídicos diferentes —con contenido diverso— para su cumplida realización.

Las variantes expuestas y los mecanismos jurídicos que, en su caso, les den forma, si es factible, pueden depender de diferentes coordenadas, algunas de las cuales se antojan fáciles de identificar. En primer lugar, condiciona de manera superlativa quien toma la decisión sobre el rumbo de la empresa (empresario individual o sociedad; en este último caso, la cuestión se complica con la entrada de las limitaciones del Derecho societario y de la entrada de numerosos agentes decisores) y, en particular, si la empresa familiar se configura como ganancial o privativa calificación que sigue siendo determinante —huelga la justificación más aún en el Derecho común, donde hay verdaderos obstáculos para tomar decisiones de consuno sobre la transmisión *mortis causa* de los bienes gananciales—.

En segundo término, se percibe claramente como condicionante la tipología del empresario/fundador y la relación que le una con su familia. De este factor deriva generalmente la decisión del empresario acerca del futuro de su empresa; se justifica aquí —en los puros sentimientos o querencias familiares— en un número significativo de casos el deseo de adjudicación de la empresa a un único sucesor o de la atribución de la empresa entre los diferentes herederos, con intención de que exista comunidad entre ellos.

Finalmente, el tiempo también juega un papel determinante. La solución a los conflictos —en realidad, los propios conflictos— no se plantea de forma semejante en la primera andadura de la empresa que en momentos de solidez y expansión; como tampoco la perspectiva es la misma en el empresario *senior* que en el joven sin cargas familiares ni sucesores a la vista. La revocabilidad

o irrevocabilidad de las decisiones sucesorias se torna en asunto esencial desde esta perspectiva, igual que la posibilidad de organizar una ordenación revisable, especialmente en el inicio de la actividad mercantil por el fundador.

3º Específicamente en los temas que nos ocupan (economía del matrimonio y sucesión hereditaria), existen grandes diferencias —por lo que a la regulación jurídica se refiere— entre el sistema de Derecho civil común —que se rige por el Código civil— y los de Derecho civil propio —los que tienen leyes de Derecho civil— y de éstos entre sí. Como es sabido, la existencia en nuestro país de CC. AA. con competencias para legislar en Derecho civil (las del art. 149.1.8º CE) determina que el análisis que aquí se haga no sea aplicable a todos los españoles. Por razones obvias, nosotros nos referiremos a las reglas del CC —aplicables, también como supletorias en Galicia— y a las de la Ley de Derecho civil de Galicia.

La clave para establecer la pertenencia a las normas de Derecho civil común o propio es el concepto de *vecindad civil* —que se regula en los arts. 14 y 15 del Código civil— que determina la ley personal aplicable. Por ejemplo, si de acuerdo con estos criterios (*ius sanguinis*, residencia, voluntad) el sujeto tiene la vecindad civil gallega, entonces se le aplicará la Ley de Derecho civil de Galicia y, supletoriamente (en lo no regulado por ella), el Código civil y las restantes normas de Derecho civil común.



Capítulo 2

ORGANIZACIÓN DE LA ECONOMÍA FAMILIAR Y SU REPERCUSIÓN EN LA EMPRESA FAMILIAR



2.1. PREMISAS

La estabilidad y buen gobierno de la empresa familiar dependen en gran medida de las relaciones familiares de sus miembros y, en concreto, de minimizar los conflictos entre ellos. Algunos de estos problemas pueden derivar precisamente de cómo se ordene y planifique el patrimonio familiar —en realidad, el patrimonio de los cónyuges o de los convivientes que forman la unidad familiar— y de cómo se estructure su gestión.

Piense en un supuesto común. El empresario o la empresaria está casado/a y tiene hijos. Como cada cónyuge está obligado a contribuir al sustento de las cargas familiares, parte de los beneficios empresariales seguramente tendrá este fin. Además, si el matrimonio está casado en régimen de gananciales, la empresa podrá ser ganancial o privativa. Que sea ganancial significa, en síntesis, que su titularidad, gestión y administración pertenece a ambos cónyuges y que compone la masa activa para su liquidación (independientemente de que pueda atribuírsele con preferencia al empresario). Que sea privativa significa que la titularidad es del cónyuge empresario/a, que la gestión y toma de decisiones sobre ese bien pertenece al cónyuge titular y, sobre todo, que de las deudas que genere no responde la comunidad conyugal ni tampoco el otro cónyuge —imagínese los riesgos que puede provocar para el patrimonio una situación de insolvencia empresarial—. Pero en ambos casos, la ley dice que los beneficios, rentas o intereses (también de los bienes privativos) son bienes gananciales. Ahora bien, puede ser que los cónyuges, para evitar problemas de comunicación patrimonial decidan no tener bienes en común; la posibilidad viene de la mano de la separación de bienes o del régimen de participación. Y a lo dicho, en grandes rasgos, se le pueden añadir múltiples combinaciones según la capacidad de planificación de las partes implicadas, la complejidad de la situación empresarial y los intereses familiares en juego.

Este básico ejemplo pretende evidenciar simplemente algunas ideas que se irán desarrollando a lo largo de este capítulo: la

interrelación entre la regulación del patrimonio de los que componen la familiar y la empresa familiar; la importancia de planificar y de elegir el modelo y la posibilidad de hacerlo; y la existencia de ciertos límites legales que condicionan dicha elección.

2.2. APROXIMACIÓN A LOS RÉGIMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Se expondrán a continuación las líneas esenciales de los regímenes económico-matrimoniales típicos, que son los distintos modelos legales por los que se ordena la economía del matrimonio. Con todo, existen determinadas reglas básicas e imperativas aplicables a cualquier matrimonio (sea cual fuere su régimen económico) —el conocido como *régimen primario*—. Las más relevantes son las siguientes:

- a) El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código (art. 1315 CC). Los cónyuges pueden elegir entre alguno de los modelos que la ley establece y regula; pueden variar algunas de las reglas que los conforma o, incluso, podrían configurar uno propio para disciplinar los efectos patrimoniales de su matrimonio, con sujeción a algunos límites que señala la ley.
- b) Los bienes de los cónyuges están sujetos al levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1318 CC), de la forma que se establezca por el régimen que se les aplique o, en defecto, de manera proporcional. Las cargas del matrimonio son los gastos que se destinan a las necesidades primarias: alimentación, sustento, alojamiento, atención sanitaria, educación de los miembros de la familia (cónyuges e hijos que convivan con los padres).
- c) Ambos cónyuges responden solidariamente de las deudas contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 1319 CC). Ello significa que los gastos ordinarios para cubrir las necesidades básicas —que los puede realizar uno

- u otro cónyuge— están garantizados, frente a los acreedores, por la responsabilidad solidaria de los bienes comunes.
- d) Para disponer sobre la vivienda habitual y los muebles de uso ordinario de la familia, aunque pertenezcan a uno solo de los cónyuges, se requerirá en consentimiento de ambos, o, en su caso, autorización judicial (art. 1320 CC). Se trata de proteger la vivienda habitual, el lugar donde se desarrolla habitualmente la vida familiar.
 - e) Cuando la ley requiera para un acto de administración o disposición que uno de los cónyuges actúe con el consentimiento del otro, los realizados sin él y que no hayan sido expresa o tácitamente confirmados podrán ser anulados a instancia del cónyuge cuyo consentimiento se haya omitido o de sus herederos (art. 1322 CC).
 - f) Los cónyuges podrán transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar entre sí toda clase de contratos (art. 1323 CC). Se establece, por tanto, el principio de libertad de contratación entre los cónyuges.

2.2.1. La sociedad de gananciales

Se trata del régimen supletorio de primer grado (para la vecindad gallega y común), lo que significa que si los esposos nada pactan en capitulaciones, se les aplicará. Por eso también es el más común en la práctica. Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella. Es así que se crea una masa patrimonial común (formada por los bienes gananciales) que convive con los patrimonios propios de cada cónyuge (formados por sus respectivos bienes privativos).

La ley determina, con mayor o menor precisión, cuáles son los bienes privativos y cuáles los gananciales, en aras de concretar el contenido de las distintas masas patrimoniales, su funcionamiento durante

el matrimonio (qué deudas o cargas son imputadas a cada una), y el objeto de la liquidación de la sociedad, a su extinción. En general, son *bienes privativos* los relacionados en el art. 1346 CC (bienes y derechos que pertenecieran a cada cónyuge al comenzar la sociedad; los que adquiriera después a título gratuito; los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos; etc.) y *bienes gananciales* los que menciona el art. 1347 CC (los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges; los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales; los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, etc.).

Por lo que aquí interesa, son bienes gananciales las *empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad* por uno cualquiera de los cónyuges *a expensas de los bienes comunes*. Si a la formación de la empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1354 CC (Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán *pro indiviso* a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas). Y son también gananciales los *rendimientos y beneficios empresariales*, sea la empresa o negocio ganancial o privativo. Pero son bienes privativos: las *nuevas acciones y títulos o participaciones sociales* suscritas como consecuencia de la titularidad de otros privativos, así como las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho de suscribir. Por lo que se refiere a los *incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa*, serán gananciales o privativos dependiendo del carácter que le corresponda a la empresa o explotación.

La ley fija también las *cargas* o gastos que corresponden a la sociedad de gananciales y las reglas de responsabilidad de los bienes gananciales. Limitándonos a nuestro contexto, son gastos de la sociedad de gananciales *los derivados de la explotación regular de los negocios* o del desempeño de la profesión, arte u oficio de cada

cónyuge; asimismo los gastos de adquisición, conservación y administración de las cosas comunes, y los de administración ordinaria que desencadenen los bienes privativos. Asimismo, se imputan al patrimonio común las deudas que generen el ejercicio de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge o la administración ordinaria de los propios bienes. Sin embargo, las deudas generadas en el ejercicio de la actividad mercantil se regulan por las reglas del Código de Comercio, que son menos favorables para los acreedores.

Por lo que respecta a la *gestión patrimonial sobre los bienes comunes*, la regla general se ubica básicamente en el art. 1375 CC; se trata del *principio de cogestión*: en defecto de pacto en capitulaciones, la gestión o disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges. Cabría, por tanto, el pacto distinto siempre que no fuera contrario a la igualdad entre cónyuges. Existen, con todo, excepciones a la regla general de la cogestión, que permiten en ciertas hipótesis la administración y/o disposición individual sobre bienes gananciales (disposiciones *mortis causa*; de los frutos e intereses que producen bienes privativos; anticipos de dinero ganancial, gastos urgentes, etc.).

La *disolución de la sociedad de gananciales* se produce automáticamente tras la extinción del matrimonio (divorcio, muerte o declaración de fallecimiento), la separación judicial o el cambio de régimen económico, pactado en capitulaciones. También puede ser instada por un cónyuge en los casos del art. 1393 CC (concurso del otro cónyuge; incapacitación; separación de hecho de más de un año...). El efecto principal es la liquidación del patrimonio ganancial y la distribución por mitad de las ganancias obtenidas. Acerca del modo de proceder a la *liquidación del patrimonio ganancial* interesa resaltar la posibilidad del art. 1406 CC, que le concede al cónyuge empresario o comerciante de incluir con preferencia en su haber, y hasta donde éste alcance, la *explotación económica (obviamente ganancial) que gestione efectivamente* y el local donde hubiese venido ejerciendo su profesión.

2.2.2. El régimen de separación de bienes

Para el Código civil, el régimen de separación de bienes es un régimen supletorio de segundo grado. Ello quiere decir que rige si se pacta expresamente o si los cónyuges excluyen el de gananciales sin expresión de otras reglas diferentes —cabe asimismo la posibilidad de que sea impuesto por resolución judicial que disuelva un previo régimen de gananciales o de participación—.

Los principios inspiradores de este sistema son:

- a) *Independencia o separación patrimonial* entre los cónyuges. No hay bienes comunes *ex lege*; dice el art. 1437 CC que en el régimen de separación pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiriera por cualquier título. Lógicamente, es posible y frecuente que los cónyuges tengan bienes en común; su régimen será el de la comunidad de bienes, de los arts. 392 y ss. CC. En este sentido, el art. 1441 CC prescribe que cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad.
- b) *Gestión patrimonial separada*. En conexión con la regla anterior, corresponde a cada uno de los cónyuges la administración, goce y libre disposición de sus bienes. Siendo ésta la regla general, existen algunas matizaciones o límites a este principio que vienen dadas por las reglas del régimen primario que se expusieron antes y que se aplican a cualquier matrimonio, cualquiera que sea su régimen económico (contribución a las cargas, vivienda familiar...). También es posible que un cónyuge actúe como mandatario o administrador de los bienes o intereses del otro; en este caso, el cónyuge que así actúe tendrá las mismas obligaciones y responsabilidades que un mandatario, pero no tendrá la obligación de rendir cuentas de los frutos percibidos y consumidos, salvo cuando se demuestre que los invirtió en atenciones distintas del levantamiento de las cargas del matrimonio (art. 1439 CC).

- c) *Responsabilidad individual*. Cada cónyuge es responsable exclusivo de las deudas por él contraídas (a salvo las relativas a la potestad doméstica: art. 1440 CC).

2.2.3. El régimen de participación

Se trata de un régimen que tiene poca aplicación en la práctica. Se configura como un régimen mixto: constante matrimonio, opera como un régimen de separación de bienes; a su extinción, en cambio, cada uno de los cónyuges adquiere un derecho a participar en las ganancias obtenidas por el consorte durante el tiempo en que dicho régimen ha estado vigente (art. 1411 CC). Como se puede apreciar, se trata de aunar las ventajas de la separación de bienes —independencia patrimonial— con las de la sociedad de gananciales: compensación y solidaridad con el cónyuge que no se haya enriquecido en la misma proporción pero que, en realidad, ha contribuido a las ganancias del otro. En todo caso, la falta de tradición y la complejidad en su liquidación han determinado su escaso éxito en la planificación en la economía matrimonial.

Durante el matrimonio:

- a) A cada cónyuge le corresponde la administración, el disfrute y la libre disposición tanto de los bienes que le pertenecían en el momento de contraer matrimonio como de los que pueda adquirir después por cualquier título.
- b) Si los casados en régimen de participación adquirieran conjuntamente algún bien o derecho, les pertenece en *pro indiviso* ordinario.
- c) En todo lo no previsto por las normas del CC o por los propios cónyuges en capitulaciones durante la vigencia del régimen de participación, se aplicarán las normas relativas al de separación de bienes.

La *extinción del régimen* se produce por las mismas causas que la sociedad de gananciales (*vid.* arts. 1394-1395 CC) y además a petición de uno de los cónyuges cuando la irregular administración

del otro comprometa gravemente sus intereses. Tras la extinción se produce el efecto típico del régimen: el derecho de cada cónyuge a participar en las ganancias del otro. Para ello, se determinarán las ganancias obtenidas por cada uno por las diferencias entre los patrimonios inicial y final de cada cónyuge. En principio, constituye el *patrimonio inicial* de cada cónyuge: los bienes y derechos que le pertenecieran al empezar el régimen y los adquiridos después a título de herencia, donación o legado. El *patrimonio final* estará formado por los bienes y derechos de que sea titular en el momento de la terminación del régimen, con deducción de las obligaciones todavía no satisfechas. En ambos conceptos, la ley prevé la realización de ciertos ajustes (deducciones de pasivo; momento del cómputo; actualización de valores; cómputo de los actos de disposición gratuitos y fraudulentos...).

Al cálculo de los patrimonios sigue el cálculo de la ganancia; si hay ganancia es cuando existirá derecho del otro a participar, en otras palabras, *distribución de las ganancias*. En este caso, el CC distingue si ambos han tenido ganancias o si sólo la ha tenido uno de los cónyuges:

- a) Cuando la diferencia entre los patrimonios final e inicial de uno y otro cónyuge arroje *resultado positivo*, el cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado menor incremento percibirá la mitad de la diferencia entre su propio incremento y el del otro cónyuge.
- b) Cuando únicamente *uno de los patrimonios arroje resultado positivo*, el derecho de la participación consistirá, para el cónyuge no titular de dicho patrimonio, en la mitad de aquel incremento.

Aunque la participación se hace, por el CC, sobre la base del 50%, es posible que las partes modifiquen este porcentaje. Así lo dice el art. 1429 CC, que permite que al constituirse el régimen podrá pactarse una participación distinta de la que establecen los dos artículos anteriores, pero deberá regir por igual y en la misma proporción respecto de ambos patrimonios y en favor de ambos cónyuges.

2.3. LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES COMO VÍAS DE MODIFICAR Y DE PERSONALIZAR LOS RÉGIMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

2.3.1. Concepto

El cauce a través del cual se puede elegir un régimen matrimonial específico, que más convenga a las partes, o variar algunas de las reglas de juego de cada uno de ellos se denomina capitulaciones o capítulos matrimoniales. Reguladas en los arts. 1325-1335 CC, las capitulaciones matrimoniales son un negocio jurídico a través del cual los otorgantes pueden estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo (generalmente patrimoniales —atribución en común o individual de determinados bienes; cambios de regla de gestión propia de cada régimen; donaciones entre cónyuges; pactos sucesorios: mejoras irrevocables, apartaciones...— aunque también pueden ser extrapatrimoniales: reconocimiento de hijos; nombramiento de tutor, de administrador...).

Las capitulaciones podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio. Todo lo que se estipule en capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año. Las capitulaciones habrán de constar en escritura pública.

En Derecho gallego, este concepto asume algunas variaciones. Como en las del Derecho común, las capitulaciones podrán otorgarse antes o durante el matrimonio y habrán de formalizarse necesariamente en escritura pública. También se aplican a las capitulaciones gallegas las reglas de los arts. 1325 y ss. CC, en cuanto a los sujetos y su capacidad, a la eficacia, ineficacia y modificación, con determinadas precisiones. Así, por lo que respecta a la capacidad para otorgar, las reglas serán las del CC (arts. 1329 y 1330 CC), pero habrá que estar a la regla sobre capacidad para otorgar pactos sucesorios (art. 210 LDCG: persona

mayor de edad con plena capacidad de obrar), para el caso de que éstos se contengan en capítulos matrimoniales (ex art. 174 LDCG). La forma está regulada en el art. 173 LDCG (habrán de formalizarse necesariamente en escritura pública, de manera semejante al art. 1327 CC), norma que habrá de completarse con los arts. 1332 (pactos modificativos de capitulaciones) y 1333 CC (inscripción de las capitulaciones en el Registro Civil). Asimismo, se aplicará el plazo de caducidad del año del art. 1334 CC, para entender que no serán eficaces las capitulaciones otorgadas antes del matrimonio si éste no se contrae en dicho plazo.

Al contenido de las capitulaciones matrimoniales se refiere el art. 174 LDCG en los siguientes términos: *“las capitulaciones podrán contener cualquier estipulación relativa al régimen económico familiar y sucesorio, sin más limitaciones que las contenidas en la ley”*. Es así que cabe que se establezcan en capitulaciones los pactos o las estipulaciones que se refieran estrictamente al régimen económico matrimonial de los cónyuges o futuros cónyuges (entre otros, los convenios a los que se refiere el art. 172 LDCG; cambio de régimen matrimonial; otorgamiento de poderes entre cónyuges; modificaciones del régimen de titularidad o gestión patrimonial; pactos relativos a la sucesión de empresa o al establecimiento de condiciones a la transmisión *mortis causa* de participaciones sociales; reconocimiento de hijos; etc.) y asimismo las disposiciones relativas al régimen sucesorio que, por su naturaleza, quepa realizar en capitulaciones. Entre ellas, el art. 197 LDCG se refiere expresamente al nombramiento de comisario en capitulaciones matrimoniales. Aunque no por referencia legal expresa (la ley habla de escritura pública), también podrán contener pactos sucesorios, previsión de usufructo viudal, etc. El contenido de los pactos capitulares ha de respetar las limitaciones contenidas en la ley, expresión que remite a los arts. 1255 y 1328 CC: las leyes, las buenas costumbres y, específicamente, la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge.

2.3.2. Las capitulaciones matrimoniales y la empresa familiar

No hay duda en sostener la bondad del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales debido a la conveniencia de elegir regímenes económico-matrimoniales determinados o, cuando menos, de incluir ciertas cláusulas para modalizar las reglas en materia de titularidad de bienes, gestión o liquidación patrimonial. Respetando los límites que derivan de la regulación de los regímenes económicos matrimoniales en el CC o en las normas de Derecho civil de las CC. AA., los márgenes de maniobra son amplios y dan la posibilidad de configurar modelos *ad hoc* teniendo en cuenta las modalidades familiares y las necesidades y objetivos de la empresa.

Dependiendo de cual sea la concreta tipología y las necesidades de la empresa familiar, la planificación de la economía familiar será diferente. No obstante, las siguientes opciones son las más frecuentes y recomendables en este ámbito:

A. *Elección de régimen económico-matrimonial de separación de bienes (o de participación).* Salvo en el caso de Cataluña y Baleares, donde ya se configura como régimen supletorio de primer grado, para que el matrimonio se rija por un sistema diferente de la sociedad de gananciales es preciso que los futuros cónyuges o los ya cónyuges otorguen capitulaciones en este sentido. La separación patrimonial y los demás principios sobre los que se construye este régimen la convierte en una opción idónea en ciertas circunstancias: cuando la empresa familiar es titularidad de uno de los cónyuges y se quiere evitar la comunicación patrimonial al otro y el contagio de las crisis, insolvencias, responsabilidad, etc. No obstante, no siempre se trata de una opción apropiada. No lo será, por lo menos para la primera generación, en los casos en que la empresa sea de formación conjunta. Tampoco lo será si se pretenden compartir los beneficios o rendimientos empresariales o cuando se trata de parejas vinculadas a empresas familiares.

- B.** *Cláusulas sobre la adjudicación del carácter privativo al negocio y/o a los rendimientos de esa actividad.* En el caso de que se opte por el régimen de gananciales en la pareja, puede variarse el sentido y carácter de los bienes, sin perjuicio del reembolso entre las masas (cuando, por ejemplo, se invirtió en la creación del negocio patrimonio ganancial o privativo del otro cónyuge). No se olvide, en este punto, que la Ley señala que son bienes gananciales los obtenidos por el trabajo o industria y los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como gananciales (*cf.* art. 1347 CC).
- C.** *Cláusulas que pretenden la alteración del principio de cogestión.* Se sigue manteniendo el carácter ganancial de la empresa o negocio, pero se varía la forma de disposición sobre los bienes gananciales. En este caso, el ya visto art. 1377 CC exige el consentimiento de los dos cónyuges para llevar a cabo actos de disposición a título oneroso sobre los bienes gananciales. Se puede incluir en capitulaciones una cláusula por la que el cónyuge que lleva la empresa, sin alterar su naturaleza jurídica, tenga mayor capacidad de decisión en orden a la gestión empresarial. Incluso podría pactarse que este cónyuge tuviera capacidad para poder vender participaciones sociales. No obstante, dichos pactos han de respetar los límites de las capitulaciones matrimoniales; en este sentido, la doctrina ha señalado que los cónyuges pueden alterar el principio de cogestión pero no pueden establecer un sistema de desigualdad entre los derechos de los cónyuges, contrario al art. 1328 CC. Así, los pactos genéricos por los que uno de los cónyuges pierde toda capacidad de decisión respecto de bienes gananciales no serían válidos —aunque por otra parte, está el argumento de quien puede lo más puede lo menos: ¿los cónyuges pueden donarse los bienes y no atribuir en exclusiva a uno de ellos la gestión del bien ganancial?—
- D.** *Cláusulas sobre la liquidación de la sociedad de gananciales.* Se trata de que los cónyuges que pertenecen a la empresa

incluyan en capitulaciones algún expediente rectificador de los efectos reflejos que la liquidación de la sociedad de gananciales pudiera tener en la empresa. Es el caso, entre otras, de las denominadas *cláusulas de adjudicación preferencial*, por las que se pacta que en la liquidación de la sociedad algunos bienes, relacionados con la empresa familiar (p. ej. acciones o participaciones) sean adjudicados al cónyuge perteneciente a la misma. Téngase en cuenta que esta cláusula no contradice (sino que la reforzaría de manera anticipada para otros supuestos no incluidos) la regla del art. 1406 CC, por la cual cada cónyuge tendrá derecho a que incluyan con preferencia en su haber "la explotación económica que gestione efectivamente", supuesto legal en el que pueden comprenderse, por analogía, también las participaciones sociales dominantes en una empresa.

Más problema plantea la *cláusula de liquidación total o parcial de la sociedad de gananciales*, realizada por los cónyuges, constante matrimonio, en capitulaciones matrimoniales. Se entiende que las cláusulas que analizamos someten su eficacia al cumplimiento de la condición de que efectivamente concurra causa de disolución del régimen de gananciales del art. 1392 CC y no suponen en sí mismas motivo para que esta disolución acaezca.

Desde el principio de autonomía privada como inspirador de la regulación de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, reflejado en el art. 1323 CC, debe apostarse por la validez, en línea de principio, de las cláusulas en las que los cónyuges puedan determinar los efectos patrimoniales de su ruptura, claramente proyectado en el art. 1325 CC, definitorio del contenido de las capitulaciones. Desde otra perspectiva, su naturaleza de acuerdo transaccional conduce a legitimarlas desde el art. 1809 CC. La cuestión más controvertida se sitúa en el establecimiento de los límites específicos a tal previsión, al margen de los que derivan de los generales del art. 1261, 1255, 6.2, 6.3 y 1328 CC, que, en capitulaciones matrimoniales, considera nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres y limitativa de la

igualdad de derechos que corresponde a cada cónyuge. Especial referencia ha de hacerse al control del requisito del consentimiento, evitando que un cónyuge —que generalmente coincidirá con el de mejor situación económica— ostente una posición más fuerte que obligue al otro a pactar determinadas cláusulas poco favorecedoras para sí. Igual que obligada es la referencia a la posibilidad de que se renuncie o limite la pensión compensatoria; sobre estas cláusulas se ha sugerido su viabilidad con el límite de no dejar a un cónyuge sin poder atender adecuadamente a sus necesidades tras la crisis matrimonial.

Ahora bien, no hay que confundir la validez *a priori* que se le da a estos convenios con la eficacia que puedan llegar a tener. En otros términos, la eficacia depende, en primer lugar, del cumplimiento de la condición —la efectiva disolución de la sociedad de gananciales— y de que el contenido del pacto de disolución pueda o no ser cumplido por la concurrencia de ciertas circunstancias (inexistencia de los bienes a los que se hace referencia en la cláusula; cambio de las condiciones, etc.). Y, por supuesto, de que las partes, ya en el convenio regulador que el juez aprueba decidan derogarlo total, o parcialmente, a través de un nuevo acuerdo.

En el Derecho civil de Galicia, en cambio, la cuestión de la validez de estos pactos no se plantea. El art. 172 LDCG expresamente contiene la regla según la cual los cónyuges podrán pactar en capitulaciones matrimoniales la liquidación total o parcial de la sociedad y las bases para realizarla con plena eficacia al disolverse la sociedad conyugal. Se trata de la consagración para el Derecho civil de Galicia de la posibilidad de preliquidación de la sociedad de gananciales y del establecimiento de sus reglas o bases diferentes de las de los arts. 1396 y ss. CC —siempre que lo hagan en capitulaciones matrimoniales—.

La regla del art. 172 LDCG se aplicará para cualquier supuesto de disolución del matrimonio (crisis matrimonial; fallecimiento de uno o de ambos cónyuges) y abarca las más amplias posibilidades, desde el establecimiento de las bases para una futura liquidación,

pactos de liquidación parcial y también la liquidación total de la misma, siempre con los límites del art. 1328 CC. Asimismo parece necesario, para su validez ex art. 172 LDCG, que se realice en capitulaciones matrimoniales, siempre que se pretenda que el contenido de estos pactos sea oponible a terceros. No obstante, ello no es óbice para poder defender la validez *inter partes* de los convenios aunque consten en documento privado.

2.4. LA REGULACIÓN ECONÓMICA DE LA PAREJA DE HECHO

En el caso de familias no matrimoniales, la regulación patrimonial de los bienes y ganancias obtenidas por la pareja es más compleja. En primer lugar, no hay una norma estatal que prescriba con carácter general la regulación económica de la pareja de hecho; sólo existen regulaciones parciales (la más reciente: la operada en materia de pensión de viudedad: art. 174 Ley 40/2007 de Medidas de Seguridad Social) y asimismo regulaciones en las CC. AA. (con efectos administrativos y/o civiles: algunas de estas Leyes reconocen derechos para el caso de extinción de la unión por muerte de uno de los miembros de la pareja, e incluso, como en el caso de las Leyes de Navarra y de las Islas Baleares se atribuyen derechos sucesorios con equiparación al cónyuge viudo). No obstante, esta laguna ha sido colmada por la jurisprudencia que ha determinado ciertos efectos patrimoniales de las parejas de hecho.

Como en otros casos, el Derecho civil gallego da una respuesta distinta a esta cuestión; de ello nos ocuparemos específicamente tras analizar de forma somera las reglas en el Derecho civil común.

2.4.1. Reglas generales en el Derecho común

A continuación se establecen los criterios actuales que maneja el Tribunal Supremo para determinar los efectos económicos de las uniones extramatrimoniales. Últimamente, la resolución de referencia es la STS 12 septiembre 2005 (RJ 2005/7148), que

marca una nueva jurisprudencia en el asunto, cuyos puntos nucleares son los siguientes:

- a) La jurisprudencia denomina unión “more uxorio” o pareja de hecho a aquella que reúne determinados requisitos: constitución voluntaria, estabilidad, permanencia en el tiempo, con apariencia pública de comunidad de vida similar a la matrimonial (*vid.* STS 17 junio 2003 [RJ 2003/4605]).
- b) Pese a que señala que esta realidad social merece el reconocimiento como una modalidad de familia, no entiende que haya de configurarse como equivalente al matrimonio, por lo que no cabe trasponerle el régimen jurídico de éste, salvo en algunos de sus aspectos. En la actualidad, con la existencia del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias. Ello determina dos cosas: 1º) debe huirse de la aplicación por analogía *legis* de normas propias del matrimonio, como son los arts. 96-98 CC, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la ruptura de la pareja: no se puede imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio; 2º) la conciencia de los miembros de la unión de operar fuera del régimen jurídico del matrimonio no es razón suficiente para que se desatendan las importantes consecuencias que se pueden producir en determinados supuestos, entre ellos el de la extinción.
- c) La falta de una normativa positiva concreta para los casos de extinción de la unión “more uxorio” ha dado lugar a una jurisprudencia diversa, salvo en la admisibilidad general de los pactos expresos, o tácitos, con acogimiento de soluciones de comunidad de bienes o de sociedad irregular (SSTS 18

mayo 1992 [RJ 1992/4907]; 18 marzo 1995 [RJ 1995/1962]), que aplica el principio de la buena y la sanción del abuso del derecho en sintonía con una interpretación acorde con la realidad social; 11 diciembre 1992 (RJ 1992/9733), que aplicó la doctrina del enriquecimiento injusto; 16 diciembre 1996 (RJ 1996/9020), indemnización de daños y perjuicios del art. 1902 CC, en atención a que hubo promesa de matrimonio; y aplicación analógica del art. 96 en relación con el 4º.1, ambos del CC, por lo que respecta al uso de la vivienda familiar; 10 marzo 1998 (1998/1272), principio de protección del conviviente más débil, que también se menciona en la de 27 marzo 2001 (RJ 2001/4770), y se ratifica en la de 17 enero 2003 (RJ 2003/4); 27 marzo 2001 (RJ 2001/4770), que alude a las doctrinas del enriquecimiento injusto, aplicación analógica de pensión compensatoria del art. 97 CC y principio de protección del conviviente perjudicado; y 5 julio 2002 (RJ 2001/4993) y 16 de julio de 2001, sobre aplicación analógica del art. 97 CC.

- d) *En conclusión*, para la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de compensación económica no pactada en la ruptura de las parejas de hecho, se puede constatar que la técnica más utilizada es la de la *doctrina del enriquecimiento injusto*, seguida por la de protección del conviviente más perjudicado por la situación de hecho, más tarde la de la aplicación analógica del artículo 97 del Código Civil, por la de la teoría de la responsabilidad civil extracontractual, y por último, la de disolución de la sociedad civil irregular o comunidad de bienes.
- e) Hay que señalar que la sentencia referida, utilizando la vía de la doctrina del enriquecimiento injusto es extremadamente restrictiva al valorar los empobrecimientos y enriquecimientos de las partes; y así —para que el lector se haga una idea— llega a la conclusión de que, tras 19 años de matrimonio, no se puede hablar de un empobrecimiento de la parte actora, y si la parte

demandada ha visto aumentado su patrimonio de una manera moderada es debido al acierto en el desenvolvimiento de su actividad. Entiende, por tanto, que de aquella convivencia en la que ha habido importantes aumentos patrimoniales y a la que uno de los cónyuges ha dedicado su trabajo y atención en el hogar, no nace ningún derecho de éste a participar en el beneficio económico logrado por el otro (no se aplica, por tanto, el principio general reiterado por la jurisprudencia de protección del cónyuge perjudicado).

2.4.2. La regulación de la pareja de hecho en el Derecho gallego

La Disposición adicional 3ª LDCG —reformada por Ley 10/2007— establece el principio de equiparación de las parejas de hecho al matrimonio, en los términos que luego se verán. Esta disposición se completa por el Decreto 248/2007 que crea el Registro de Parejas de Hecho de Galicia y establece las normas básicas de su organización y funcionamiento.

Hay que precisar que aunque en un primer momento no fue impugnada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2845-2007 presentado por el Presidente del Gobierno de España sobre algunas normas de la LDCG que afectan a la regulación de la adopción y de la autotutela en la LDCG —recursos aún no resuelto—, la D.A. 3ª LDCG ha sido objeto recientemente de sendas cuestiones de inconstitucionalidad, planteadas por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia —la núm. 5657-2010 y la núm. 5658-2010— por posible vulneración de los artículos 9.3, 10.1, 14 y 149.1.8.ª C.E., ambas admitidas a trámite por el Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 5 de octubre 2010 (BOE núm. 254, de 20-X-2010). La pretendida inconstitucionalidad de la norma se conecta directamente con la cuestión sobre la competencia de las CC. AA. en punto a la regulación de parejas de hecho, que no recibe respuesta unívoca. Una primera aproximación descarta la posibilidad de que legislen en la materia dotando a las parejas de hecho de efectos jurídico privados las CC. AA. que carecen de competencias

de Derecho civil ex art. 149.1.8º CE. Pero aún las comunidades con competencia en legislación civil han de ajustar la regulación de las parejas de hecho en la cláusula del art. 149.1.8º CE, atendiendo sobremanera a la reserva que efectúa el precepto sobre las "relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio". Y en este punto surge la controversia, sobre la que el TC aún no se ha pronunciado.

El concepto de pareja de hecho a los efectos de la D.A. 3ª LDCG se restringe a aquellas uniones que cumplan ciertos requisitos positivos y negativos que prescribe la propia norma, más definidos y restrictivos tras la reforma operada por Ley 10/2007. Sólo tendrán esa condición *"las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio"*.

En realidad, la definición establecida por la LDCG recoge, abstracción hecha del requisito de la inscripción en el Registro *ad hoc*, la noción que la jurisprudencia del TS fue atesorando desde hace ya dos décadas y la que se ha venido positivando en algunas leyes estatales que conceden algunos efectos a estas uniones, y en la mayoría de las normas autonómicas que regulan —ya con efectos civiles o sólo con efectos administrativos la cuestión—.

En concreto, será considerada pareja de hecho a los efectos de la LDCG las uniones que cumplan los *siguientes requisitos*:

- a) *Unión o relación de afectividad análoga a la conyugal*, independientemente de su tendencia o carácter heterosexual u homosexual. Se excluyen, por tanto, las existentes entre quienes por razones económicas o de mera conveniencia deciden compartir una vivienda (pactos de solidaridad, por ejemplo), como aquéllas basadas en lazos o relaciones familiares o parentales no basadas en la sexualidad. Acerca de ello, la propia D.A. 3ª en su párrafo segundo establece la prohibición de constituir parejas de hecho entre sí a: *"a) Los familiares en línea recta por*

consanguinidad o adopción; b) Los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado [...]”.

- b) *Intención o vocación de permanencia* en el vínculo, lo que excluye las relaciones ocasionales o transitorias que carezcan de cierta estabilidad en orden a la aplicación de los efectos jurídicos análogos a los del matrimonio.
- c) *Capacidad y mayoría de edad de los convivientes*. Los menores de edad y los que han sido incapacitados no pueden configurar estas relaciones a los efectos de la D.A. 3ª LDCG.
- d) *Inscripción en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia*. Se trata de un requisito constitutivo, en orden a que resulte equiparada al matrimonio a los efectos de la LDCG. La inscripción en este Registro administrativo es voluntaria, gratuita y de naturaleza constitutiva, debiendo configurarse jurídicamente como una carga que ha de cumplirse si se pretende la equiparación de la convivencia, que reúna los requisitos ya enunciados, al matrimonio en el ámbito propio de la LDCG. La remisión es obligada al ya citado *Decreto 248/2007, de 20 de diciembre, por el que se crea y regula el Registro de Parejas de Hecho de Galicia*. Son objeto de inscripción las declaraciones de constitución, de modificación y de extinción de las parejas de hecho, así como los pactos establecidos por los convivientes en virtud de los que pretendan regir las relaciones patrimoniales durante la convivencia a los que alude el apartado 3º de la disp. adic. 3ª. Cada pareja tendrá una ficha registral única en la que se contendrá todos los datos inscribibles relativos a la misma. Tanto las inscripciones, como las modificaciones y las cancelaciones se acordarán en virtud de resolución administrativa que producirá efectos desde su fecha, estando sometida a las reglas propias de la ejecutividad de los actos administrativos.

La pareja de hecho así constituida se extingue por la voluntad de ambos integrantes de la pareja formalizada mediante la solicitud de cancelación dirigida al encargado del Registro de Parejas de

Hecho; por la voluntad de uno sólo de los convivientes notificada en forma fehaciente al otro, lo que permite fundar la petición de cancelación de la inscripción registral de la pareja de hecho; por fallecimiento o declaración de fallecimiento de uno de los miembros; por matrimonio entre los propios de la propia pareja y por matrimonio de uno de los miembros de la pareja de hecho con un tercero (art. 23 Decreto 248/2007, de 20 de diciembre).

Según la D.A. 3ª: "a los efectos de la aplicación de la presente Ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente Ley reconoce a los cónyuges". La equiparación de la pareja de hecho, constituida de acuerdo con lo señalado *supra*, al matrimonio no lo es a todos los efectos sino que se extiende a los derechos y obligaciones reconocidos para los cónyuges en la LDCG. Ello significa que sólo con ese alcance se puede hablar de equiparación legal entre las dos situaciones jurídicas.

Por otro lado, las parejas de hecho gallegas que no cumplan los requisitos relacionados pero que puedan calificarse como parejas de hecho de acuerdo con los presupuestos que la jurisprudencia ha entendido como delimitadores de esta realidad —por tanto, las no inscritas en el Registro— no se entenderán equiparadas al matrimonio en los términos de la D.A. 3ª LDCG pero les será de aplicación los efectos que otras leyes o la jurisprudencia entiende, por doctrina más o menos consolidada, extensivos a estas realidades.

Son múltiples los ámbitos de equiparación de la pareja de hecho a los derechos y deberes de los cónyuges pero, por lo que aquí interesa, lo más relevante es señalar que se aplicará a la pareja de hecho *la regla del art. 178.1 LDCG por lo cual, a falta de pacto en otro sentido, será la sociedad de gananciales el régimen aplicable a las relaciones constante la convivencia y a la liquidación de la pareja de hecho*. Esta cuestión determina que se apliquen aquí —a las parejas de hecho que cumplan los requisitos de la Ley

gallega— las consideraciones que se hicieron en el Epígrafe 2.1 acerca de la sociedad de gananciales y sus reglas.

Otros espacios de equiparación: derecho a asentir en la adopción realizada por el conviviente; constituirse el conviviente en posible delegatario de la potestad de designación de tutor en la autotutela; preferencia del conviviente de hecho en la representación del ausente en la situación de ausencia no declarada; facultad de subrogarse del miembro de la pareja de hecho en la posición de arrendatario rústico; consideración de causa de resolución del contrato de vitalicio la conducta gravemente injuriosa o vejatoria del alimentante, de su cónyuge o de su conviviente de hecho respecto del alimentista a instancia de este último; extensión a las parejas de hecho del concepto y régimen de las donaciones por razón de matrimonio; posibilidad de los constituyentes de la pareja de hecho de otorgar testamento mancomunado; consideración del miembro de la pareja de hecho como posible comisario; validez de la disposición testamentaria hecha bajo la condición de cuidar al conviviente del testador; el usufructo voluntario —universal o no— del cónyuge viudo puede establecerse, en testamento o en virtud de pacto sucesorio, a favor del conviviente de hecho; cualidad de legitimario del conviviente «marital» que tuviese esta condición subjetiva en el momento de apertura de la sucesión hereditaria deferida testamentariamente; equiparación del conviviente al cónyuge preterido, intencionalmente o no, a efectos de la aplicación de la previsión de validez de las disposiciones realizadas *mortis causa*; posibilidad de realizar la partición de manera conjunta ambos convivientes, aun cuando hayan testado en instrumentos independientes; posibilidad de que el testador designe contador-partidor al conviviente de hecho al que se le haya atribuido el usufructo viudal universal.

No obstante, en aras de evitar o de modificar la aplicación de la sociedad de gananciales, los miembros de la pareja de hecho pueden establecer en escritura pública los *pactos* que estimen convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su extinción. La Ley permite, por tanto, que los convivientes pacten una suerte de capitulaciones

matrimoniales *ad hoc* que pretenden el mismo efecto (modificar, liquidar o cambiar el régimen económico que la ley les atribuye por defecto). Dichos pactos podrán otorgarse ya consumada la constitución de la pareja de hecho o también antes del cumplimiento de los requisitos legales —en concreto, antes de la inscripción de la pareja en el Registro de parejas de hecho—, por analogía con lo que acontece para las capitulaciones.

Nótese que para alcanzar el resultado previsto: la exclusión de la sociedad de gananciales como régimen económico de la pareja de hecho, se requiere el otorgamiento de estos pactos en escritura pública. Obviamente, ello debe entenderse como un requisito de validez y eficacia de los pactos de contenido patrimonial frente a terceros, sin perjuicio de la validez y eficacia *inter partes* de los pactos que no revistan aquella formalidad, tal y como ocurre también análogamente con las capitulaciones matrimoniales.

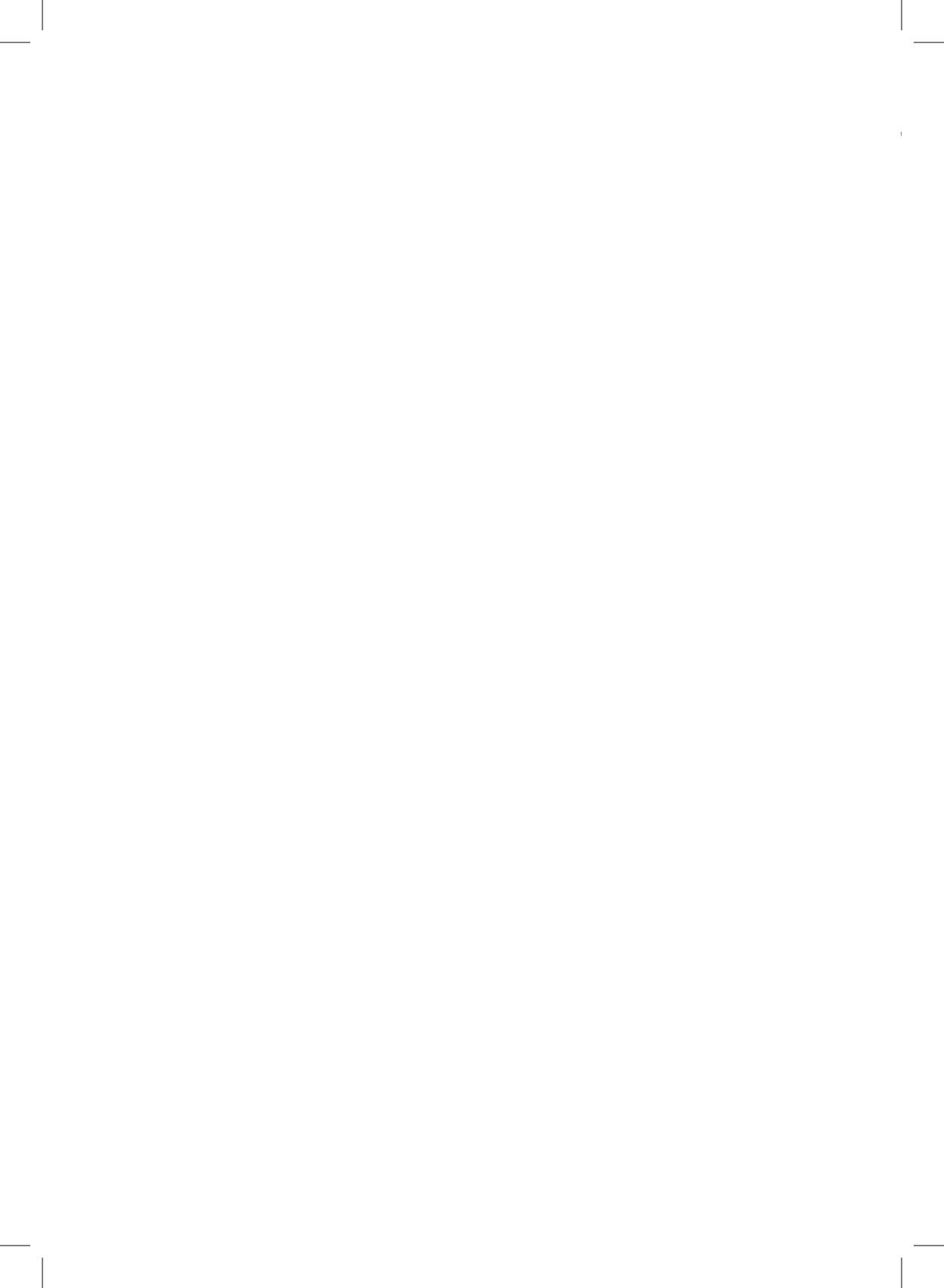
Los límites de los pactos entre convivientes son los que se les aplican a los cónyuges en capitulaciones matrimoniales, no por determinación explícita de la LDCG sino por remisión a los arts. 1255 y 1328 CC. Así las cosas, valdrá el convenio siempre que no sea contrario a las leyes, limitativo de la igualdad de derechos que corresponden a cada conviviente o gravemente perjudicial para cada uno de los mismos. Los pactos que contravengan las mentadas limitaciones serán nulos.

En este sentido, hay que traer aquí a colación lo que se dijo para los cónyuges y sus posibilidades en capitulaciones cuando se pretende introducir especificidades o peculiaridades en el régimen económico.



Capítulo 3

SUCESIÓN HEREDITARIA Y EMPRESA FAMILIAR



3.1. LA SUCESIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR

Cuando se habla de sucesión de la empresa familiar se hace referencia al complejo proceso de relevo generacional en la empresa. Se trata de un momento crítico en la vida de la empresa, en el que se suele debatir normalmente la conveniencia de la permanencia del control de la empresa en el núcleo familiar y la elección del sucesor o sucesores. En todo caso, la reflexión acerca de estas cuestiones es punto neurálgico para la propia estabilidad de la empresa y, por supuesto, para la continuidad de la misma y, como se vio en la introducción, dependerá especialmente del tipo y forma de la empresa familiar.

Entre los variados problemas o cuestiones que origina la sucesión de la empresa (elección de sucesores, relación entre los diversos miembros de la familia, cargas fiscales, normas que limitan la transmisión de la empresa a terceros, etc.), se encuentran los relativos a la aplicación de las normas sobre la sucesión hereditaria del empresario o de los socios. En este sentido, es constante identificar como uno de los problemas en la supervivencia de la empresa la ordenación de la sucesión *mortis causa* de sus socios; así lo hizo el propio legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 7/2003, de Sociedad Limitada Nueva Empresa —ahora contenida en los arts. 434 y ss. de la Ley de Sociedades de capital (RDLeg 1/2010, de 2 de julio) y lo han destacado las encuestas y documentos atinentes al relevo generacional en la empresa familiar. Hay que tener en cuenta que la empresa (o la participación en la empresa) formará parte del *contenido de la herencia* del empresario (o de los socios) —sobre la que se generan derechos de ciertos sujetos (los herederos)—, por lo que las normas que regulan el destino de la misma pasan a tener una importancia vital en la propia sucesión empresarial, constituyendo, en ocasiones, límites o impedimentos a ciertas decisiones que se puedan tomar o, al contrario, facilitando o canalizando dichas decisiones.

Es por ello por lo que la planificación de la sucesión de la empresa —en el sentido amplio de relevo generacional o de transmisión a

otro sujeto— no puede realizarse con éxito al margen de las normas sucesorias; más aún, algunas “fórmulas sucesorias” de las que se regulan en nuestro Derecho pueden resultar acomodadas o apropiadas para lograr los objetivos que el empresario o el grupo familiar pretenda. Las páginas que siguen abordan esta cuestión.

3.2. Fórmulas sucesorias más adecuadas para la continuidad de la empresa familiar

Como breve introducción o recordatorio a las fórmulas y expedientes a los que luego se aludirán hay que tener en cuenta:

- a) *La sucesión hereditaria o mortis causa* es la sucesión o sustitución de un sujeto por otro en una relación jurídica, producida por causa de la muerte de esa persona. Es así que para que operen las instituciones —para que se hable de sucesión del patrimonio y los derechos del causante— que se analizarán es presupuesto la muerte del causante. Lo dicho, sin embargo, tiene alguna excepción; como se verá, ciertas figuras (pactos sucesorios) pueden *anticipar* los efectos sucesorios. En todo caso, también estos supuestos tienen su causa en la muerte de la persona.
- b) *En el Derecho común (el del CC) conviven dos sistemas de delación de la herencia: sucesión testada e intestada. Ambos contienen reglas que dirigen la transmisión mortis causa del patrimonio del causante, o sea, la herencia.* En ella se contienen todos los bienes y derechos patrimoniales del sujeto que fallece que sean susceptibles de transmisión (hay algunos que se extinguen por la muerte). Interesa ahora incidir en la consideración de la empresa familiar como acervo hereditario, como bien susceptible de transmisión *mortis causa*, ex art. 659 CC, que plantea algún problema cuando el ejercicio de la actividad requiere de una titulación profesional determinada. En estos supuestos (los más recurrentes en la jurisprudencia: oficina de farmacia o agencia de aduanas), el TS ha afirmado

la condición de bien hereditario del establecimiento o negocio farmacéutico como comprensivo de las existencias, clientela, derecho de traspaso y demás que del mismo deriven, siendo dicho local y elementos accesorios el soporte físico de tal actividad negocial (STS 27 marzo 2000 [RJ 2000/2487]). La incidencia de las normas de carácter administrativo que vienen a limitar la transmisión de la oficina de farmacia a favor de otros farmacéuticos, es, para esta jurisprudencia nula en lo que respecta al derecho patrimonial, y enfocada solamente a regular la titularidad de las oficinas de farmacia. Distinto es el caso de negocios que requieran concesiones administrativas, como las administraciones de lotería o las expendedorías de tabacos. Aquí se produce un supuesto de sucesión especial, regida por las normas administrativas, siendo que esos negocios no forman parte de la herencia causada del titular de los mismos. El TS ha corroborado en numerosas ocasiones esta idea; entre otras, es ilustrativa la STS 2 enero 2006 [RJ 2006/163].

- c) *En el Derecho gallego —y en otros Derechos civiles territoriales—, existe además otra forma de transmisión de la herencia: la contractual, a través de cualquiera de los pactos sucesorios admitidos en la LDCG. En el CC, en cambio, y como principio general, están prohibidos los pactos sucesorios, que permiten una solución pactada (con los futuros herederos) a la transmisión hereditaria, en vida del —también futuro— causante (art. 1271 CC).*
- d) *La sucesión testada está regida por el testamento del causante: hay amplia libertad de testar, respetando los derechos de ciertos sujetos: los legitimarios (arts. 806 y ss. CC). Son posibles las atribuciones a título de heredero —sucesor universal— o de legatario —sucesor a título particular—. En el Derecho civil gallego, la nueva LDCG de 2006 supone una desviación en este punto: descarta a los ascendientes como legitimarios y reduce sustancialmente la legítima (arts. 238, 243, 253 y 254).*

e) *La sucesión intestada* opera cuando no hay testamento o cuando éste es ineficaz. El llamamiento a los herederos se hace en favor de las personas designadas en la ley, por el orden en ella establecido y con el porcentaje o proporción en la misma dispuesto (art. 658 CC). En concreto, se llama a la herencia a tres categorías de personas: a los parientes hasta el cuarto grado de los colaterales, al viudo o viuda y al Estado (art. 913 CC).

3.2.1. Los pactos sucesorios en la planificación sucesoria

Resulta un tópico, por lo que se refiere a la planificación sucesoria de la empresa familiar, considerar recomendable y preferible la sucesión contractual —especialmente, en las CC. AA. que tienen Derecho civil propio— frente a la testamentaria y, por supuesto, frente a la intestada, debido a la irrevocabilidad característica del pacto sucesorio y a la mayor seguridad jurídica en la sucesión empresarial, en tanto que permite anticipar el efecto sucesorio, en vida del futuro causante, a través de entregas de bienes o cuotas al sucesor. De esta manera, el fundador asegura y comprueba la transmisión *mortis causa* de la empresa, generalmente a manos del heredero más dotado y el sucesor se motiva en su actuación, sabiéndose ya dentro de la empresa.

La rehabilitación de la cuestión de la validez de algunos pactos sucesorios en nuestro Derecho común se ha visto estimulada precisamente por el problema de la continuidad generacional de las empresas familiares y lo mismo ha acontecido en algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno que han quebrado su férreo principio de la prohibición de los pactos sobre la sucesión con la contemplación de pactos específicamente indicados para la sucesión de la empresa familiar o de participaciones sociales.

No obstante, no todo son ventajas. Uno de los inconvenientes más llamativos es el que viene determinado por la cohabitación en territorio español de sistemas muy diferentes sobre sucesión contractual, lo cual nos conduce inevitablemente a los problemas

de determinación de la ley aplicable, que seguramente se harán más visibles en la proyección de estos pactos en la sucesión de la empresa familiar. Pero al margen de este particular, la irrevocabilidad del pacto sucesorio no genera beneficios en todo caso para la sucesión de la empresa, o por lo menos, no en cualquier caso. Si, como veremos, desde el protocolo familiar se aconseja la estrategia de la planificación actualizada de la sucesión de la empresa, de la modificación y renovación de los protocolos para hacer frente a las nuevas situaciones familiares y empresariales, el carácter tendencialmente inmutable del pacto sucesorio suscrito entre el fundador y la primera generación impide la reformulación de aquella planificación. No, obviamente, porque la situación jurídica generada por el pacto sucesorio resulte en sí misma inmodificable, sino porque obliga, para su revisión, salvo que se haya previsto expresamente a través de, *v. gr.*, cláusulas de reversión ante algunas hipótesis, al concurso de la voluntad de todos los otorgantes, lo cual se antoja difícil —si se trata de retirar beneficios a todos o alguno de los herederos otorgantes—.

A. Algunos pactos sucesorios vigentes en el Derecho común

Al hablar de pactos sucesorios en el Derecho común, el punto de partida ha de ser el principio prohibitivo que el CC estableció en la materia, especialmente en el art. 1271.2º CC en el que se veta la realización de contratos sobre la herencia futura; sólo permite aquél que tenga como objeto practicar entre vivos la división de un caudal conforme al art. 1056 CC. Mas, pese a su aparente rotundidad, la regla del art. 1271.2º CC encierra suficientes problemas interpretativos como para dudar de su pretendido alcance. Precisamente por ello, han de realizarse las siguientes puntualizaciones:

1º La jurisprudencia al interpretar esta norma advierte que lo que prohíbe el art. 1271.2º CC son, exclusivamente, los contratos o pactos que tengan por objeto la universalidad de la herencia, pero no aquellos que se refieran a bienes conocidos y determinados existentes en el dominio del cedente cuando el compromiso

se otorgó. En aplicación de esta doctrina, se ha conferido validez a los convenios otorgados dentro de una partición de sucesión ya abierta (STS 5 junio 1985 [RJ 1985/3095]); a la disposición por el reservatario de su derecho en la herencia ya deferida pero antes del fallecimiento del reservista (STS 18 abril 1942 [RJ 1942/470]); a la disposición por el fideicomisario de su derecho, en tanto que, heredero del fideicomitente, dispone sobre una herencia ya abierta (STS 3 marzo 1964 [RJ 1964/1254]); a la cláusula entre dos compradores por la cual el que sobrevive adquiere la parte de la finca correspondiente al fallecido (RDGRN 19 mayo 1917 [JC, T. 140, nº 56]); a la donación de nuda propiedad de bien ganancial reservándose el donante y su cónyuge el usufructo vitalicio, conjunto y sucesivo (RDGRN 21 enero 1991 [RJ 1991/59220]); e incluso, seguramente suavizando excesivamente el mandato del art. 1271.2º CC, a un pacto por el que se consignaba el compromiso de testar en forma determinada, referido, eso sí, a bienes concretos ya existentes en el patrimonio del futuro causante (STS 8 octubre 1915 [JC, T. 134, nº 27]).

2º Aun después de la reforma de 2003, el supuesto del art. 1056 CC que el propio art. 1271.2º CC excluye de la regla enunciada no es una excepción: la partición realizada por el testador no constituye una hipótesis de pacto sucesorio (*cf.* SSTS 6 marzo 1945 [RJ 1945/272] y 28 junio 1961 [RJ 1961/2748]), sino un acto unilateral del testador que distribuye su herencia ya por acto *inter vivos*, ya por acto *mortis causa*: ni en el caso de que se instrumente por acto *inter vivos*, se le confiere a la partición cariz contractual ni carácter irrevocable (STS 23 febrero 1999 [RJ 1999/1851]). Y desde esta perspectiva, toda partición en la que se produzca una sujeción infranqueable de los bienes hereditarios, o incompatible con la revocabilidad de los actos particionales, o en la que se celebren contratos o se creen situaciones independientes de la revocabilidad consustancial de las disposiciones testamentarias, vinculando a los testadores, ha de reputarse nula como contraria al art. 1271.2º (*cf.* STS 29 octubre 1960 [RJ 1960/3447]).

3º En todo caso, en el Derecho común existen algunos resquicios de la sucesión paccionada que se han sugerido como *vías adecuadas en la sucesión de empresa*. Al margen de otros ejemplos, nos fijaremos especialmente en las promesas de mejorar o de no mejorar y las mejoras *inter vivos* de los arts. 826 y 827 CC. En efecto, estas normas reconocen validez a dos tipos de pactos sucesorios que tienen en común su objeto: la mejora. En el caso del art. 826 CC, su objeto es la promesa de mejorar o no mejorar; en el art. 827 CC, la mejora en sí misma. Ello determina que en el primer supuesto —si estamos ante una promesa de mejorar— se asumiría por el promitente una obligación para realizar en el futuro, ya sea en acto *inter vivos* o *mortis causa* —se ha señalado que efectivamente la promesa de mejorar encierra una suerte de precontrato sucesorio—; en el del art. 827 CC, ya existiría la atribución patrimonial en concepto de mejora actual. Común a ambas formas —y de ahí, para ciertos casos, su aplicación en la sucesión de empresa, al dotar a la sucesión de la empresa de seguridad para el mejorado— es la irrevocabilidad de la mejora así establecida (frente a la establecida en testamento, por ejemplo). Tanto la promesa de mejorar o de no mejorar —siempre que se haga en capitulaciones matrimoniales— como el supuesto del art. 827 CC *in fine* son mejoras irrevocables.

B. Breve apunte sobre la sucesión contractual en el Derecho civil de Galicia

En Galicia, la nueva regulación de los pactos sucesorios en la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia merece una atención específica. Ciertas figuras se hacen especialmente atractivas para la hipótesis de la sucesión de empresa: el pacto de mejora (arts. 214 y ss.), en el que se conviene en beneficio de los descendientes la sucesión de bienes concretos, que pueden suponer la entrega incluso de bienes de presente —hay que destacar la previsión del art. 219 LDCG acerca de la mejora de labrar y poseer— y la apartación (arts. 224 y ss.), por el que se puede

también adjudicar la plena titularidad de determinados bienes o derechos, con independencia de su valor, al legitimario (apartado) a cambio de su renuncia irrevocable a la legítima en la herencia del adjudicante (apartante).

Por lo que se refiere a los *pactos de mejora*, regulados en los arts. 214 y ss. LDCG, la Ley gallega los conceptúa como aquellos por los cuales se conviene a favor de los descendientes la sucesión de *bienes concretos*, pudiendo suponer o no la entrega de presente de los bienes a quienes resulten beneficiados. La nueva configuración de este pacto respecto de la Ley anterior, lo hace especialmente útil en los casos de la sucesión de la empresa familiar, siempre que se pretenda el acuerdo sucesorio entre ascendiente y descendientes —uno o varios (a diferencia de la mejora de labrar y poseer en la que ha de existir un único beneficiado), legitimarios o no (a diferencia de la apartación)— que son los sujetos legitimados para su constitución. No cabe dar entrada a familiares que no sean descendientes del empresario, lo cual puede limitar las posibilidades de actuación de este. Lo que sí es posible, y recomendable si los bienes objeto del pacto tienen naturaleza ganancial, es la participación del cónyuge del empresario, so pena de restringir el pacto a los bienes privativos del ascendiente.

Hay que tener en cuenta que el pacto puede realizarse con o sin entrega de presente de los bienes, lo cual vuelve a abrir las posibilidades en la sucesión de empresa. En el caso de que se produzca la entrega de presente, la Ley establece expresamente que esa entrega determina la adquisición de propiedad del mejorado; en el otro supuesto, la transferencia de dominio no se producirá hasta el fallecimiento del ascendiente. Entre una y otra opción, las partes pueden determinar los efectos jurídicos del pacto, configurándose en concreto el ámbito de las facultades dispositivas de los adjudicantes (art. 216 LDCG); no obstante, la Ley diseña un régimen que, en defecto de pacto expreso, soluciona los eventuales conflictos a través de las reglas del art. 217 LDCG.

Frente a una regla de irrevocabilidad rígida o por causas exclusivamente tasadas por la ley, que puede suscitar serios reparos, *v. gr.* en la sucesión de bienes empresariales, el art. 218 LDCG permite a las partes pactar, también, las causas de ineficacia del pacto, por lo que cabe proponer, *v. gr.*, la mala gestión empresarial de los mejorados, como causa de reversión del pacto en la inteligencia de rebajar el inconveniente que supone la irrevocabilidad unilateral en caso de que surgiera la necesidad de la revisión de la decisión tomada. En todo caso, por mandato legal queda sin efecto el pacto si el mejorado incumple las obligaciones; si premuere, salvo que la mejora se hubiera realizado con entrega de bienes o se determinara sustituto; y si incurre en causa de desheredamiento o indignidad o ingratitud. Desde la letra de la LDCG, resulta especialmente adaptada para la sucesión de empresa la denominada *mejora de labrar y poseer* (arts. 219 a 223 LDCG), cuyo concepto se sintetiza en el art. 219 LDCG: “El ascendiente que quiera conservar indiviso un lugar acasado, aunque las suertes de tierras estén separadas, o una explotación agrícola o fabril, podrá pactar con cualquiera de sus descendientes su adjudicación íntegra. Si en el pacto no se dispusiera otra cosa, la adjudicación supondrá la institución de heredero a favor del así mejorado”. En claro paralelismo con el art. 1056.2º CC —aunque en el Derecho gallego, acoge la naturaleza de pacto sucesorio— el que ahora nos ocupa se detiene en procurar la transmisión. Es con respecto a estos, cuando se pone de relieve la cuestión de que los bienes concretos a los que se refiere el art. 214 LDCG, puedan ser bienes futuros: bienes que el empresario no tenga en el momento del otorgamiento pero que puedan incrementar su patrimonio en el momento de abrirse la sucesión. No parece haber problema acerca de la viabilidad de los bienes futuros como bienes que constituyan el objeto de este pacto siempre que se determinen o concreten de manera cierta en el momento del otorgamiento y el mejorante tenga después sobre ellos plena disponibilidad indivisible de la casa y de la explotación económica agrícola o fabril.

Precisamente por buscar esta indivisibilidad, se ha entendido que ha de realizarse a favor de uno solo de los descendientes, pese a que, en coherencia con lo que señalamos en punto al art. 1056.2º CC, no vemos inconveniente en que sean más los mejorados siempre que se respete la indivisión. Como especie de los pactos de mejora que es, también cabe que se realice con o sin entrega de presente de los bienes, con las especialidades de los arts. 222 y 223 LDCG. Lo más característico de la mejora de labrar y poseer atiende a las circunstancias favorables al mejorado para “compensar” a los legitimarios. El pago de esta legítima —configurada ya en la LDCG como un derecho de crédito a cargo del heredero, que lo será *ex lege* el mejorado, si no se dice nada en contra, se beneficia de las condiciones del art. 221 LDCG, que prevé que el mejorado podrá compensar en metálico a los demás interesados en la partición, pago que podrá hacerse por plazos, dentro de los cinco años siguientes a la apertura de la sucesión, siempre que el adjudicatario garantice el cumplimiento, produciendo la cantidad aplazada el interés legal del dinero.

El otro gran pacto sucesorio configurado en la LDCG es la *apartación*, por la que quien tenga la condición de legitimario si se abriera la sucesión en el momento en que se formaliza el pacto queda excluido de modo irrevocable, por sí y su linaje, de la condición de heredero forzoso en la herencia del apartante, a cambio de los bienes concretos que le sean adjudicados. Siendo los anteriores pactos de suceder, el perfil de la apartación lo sitúa entre los pactos renunciativos, en los que el heredero renuncia a la legítima que le pudiera corresponder en la sucesión del causante, a cambio de la adjudicación de bienes concretos en la herencia de este. Por ello, la apartación, desde la perspectiva de la sucesión de empresa, no se ha de valorar tanto como modo de anticipar a uno de los legitimarios “su parte en la herencia” —a lo cual puede derivarse por derroteros ya vistos— sino como forma de excluir irrevocablemente a algún legitimario de la sucesión de la empresa, a cambio de la adjudicación actual de bienes. Quizás sea esta la

especificidad de este pacto frente a los anteriores, haciéndolo especialmente atractivo en hipótesis en que no se desee el acceso de algún heredero al control de la empresa. En la apartación intervienen el apartante, futuro causante, y el apartado en quien ha de concitarse la condición de legitimario actual (por tanto, en Derecho gallego, hijo o nieto del hijo premuerto y cónyuge viudo); cabrían otras intervenciones en el negocio, como la del cónyuge del empresario en caso de bienes gananciales o la de otros legitimarios que no fueran el apartado para, por ejemplo, valorar los bienes adjudicados, lo cual sería interesante a fin de limitar las impugnaciones.

A diferencia de los otros pactos, la ley explicita el carácter irrevocable de la apartación —“queda excluido de modo irrevocable”, dice el art. 224 LDCG—; nota sobre la que la doctrina no llega a unánime entendimiento, por lo que se sostiene tanto que es posible el mutuo disenso e incluso la revocación por el apartante en aplicación de (algunas) de las causas del art. 218 LDCG como que el referido precepto ha de ser interpretado de manera restrictiva, de forma que no cabe ni siquiera el mutuo disenso; no cabe, en fin, que el apartado vuelva a tener la consideración de legitimario. Desde esta segunda posición, el riesgo de que el causante venga, *v. gr.*, a mejor fortuna —y que la adjudicación de bienes que se hizo sobre la base del patrimonio actual, que no tiene por que ser así, se considere después ridícula corre de cuenta del apartado. Y es que la adjudicación de bienes concretos (de bienes económicos, aunque la ley no lo diga) al apartado no tiene que estar ni mucho menos en correspondencia con el valor de la legítima (dice el art. 225 LDCG que “el apartante podrá adjudicar al apartado cualquier bien o derechos en pago de la apartación, independientemente del valor de la misma”); en cambio, lo adjudicado no debe perjudicar la legítima de los otros legitimarios, quienes pueden pedir la reducción en este caso (art. 251.2 LDCG).

Los pactos sucesorios de mejora y el de apartación tienen en común, por su naturaleza, la regulación que de algunos aspectos

hace la LDCG en los arts. 209 y ss. LDCG, referida a la capacidad para otorgarlos (se exige la mayoría de edad con plena capacidad de obrar), a la posibilidad, otrora cuestionada, de otorgamiento por representante en los términos del art. 212 LDCG; a la forma exigida (deben ser otorgados en escritura pública, so pena de invalidez); y a la aplicación de ciertas reglas de interpretación. Fuera de los casos señalados resulta muy forzado defender la posibilidad de que otros pactos sucesorios tengan cabida en el Derecho civil de Galicia, bajo los auspicios de un principio de sucesión contractual, derivado de esa parte general —señaladamente del enunciado del art. 209 LDCG— en conexión con un principio no prohibitivo en el CC, del que los que la regulación de la LDCG son sólo expresión de los pactos típicos.

3.2.2. Testamento: vías propicias en la sucesión de la empresa

Por su amplio impacto territorial y social, la sucesión testamentaria ofrece interesantes cauces al empresario para facilitar la sucesión de la empresa, aunque asimismo plantea ciertos problemas que se intuyen fácilmente. En primer término, el carácter personalísimo del testamento pone difícil las cosas en los territorios en los que no cabe el testamento mancomunado, en los casos de que la empresa sea ganancial o en ella participe de otra forma el cónyuge o pareja de hecho. No hay problema en la redacción de dos testamentos similares por los cónyuges que pretendan los mismos objetivos (los llamados testamentos simultáneos); pero es situación irremediable que entre ellos no haya acuerdo de sucesión y cada uno teste sin plan preconcebido —o habiéndolo inicialmente, se revoque después por uno de los cónyuges— pendiente, entonces, la cuestión de que se proceda a un entendimiento entre los herederos o que la cosa se pueda resolver en sede de partición, de acuerdo con la previa liquidación del régimen económico matrimonial. Estas contrariedades se ven parcialmente solucionadas a través del expediente

del testamento mancomunado, vigente en algunos ordenamientos civiles especiales (en Galicia, *vid.* arts. 187 y ss. LDCG).

El testamento mancomunado prohibido en el CC es aquél que contiene en un solo acto o instrumento las declaraciones de última voluntad de dos personas ya en provecho de ambos ya de un tercero. Se caracteriza, entonces, por la unidad instrumental y no por la de contenido, de ahí que sea válido el denominado testamento simultáneo. El problema, sin embargo, es delimitar cuando existe unidad instrumental.

En segundo término, el carácter esencialmente revocable del testamento marca sin duda la sucesión de la empresa. En general, esta característica se apunta como un inconveniente desde el punto de vista del sucesor que, pese a que pueda ser el elegido en vida del empresario para ostentar el control de la empresa, no goza apenas de garantía de que ello se convalide a la muerte del fundador. No obstante, desde otra perspectiva, el carácter esencialmente revocable del testamento —frente a los pactos sucesorios, por ejemplo, en los que se difumina esta característica, al menos unilateralmente— determina un mayor control de la sucesión de la empresa por el fundador, quien podrá, hasta el último momento, revisar sus decisiones respecto del destino del patrimonio empresarial, que se define como especialmente dinámico y sujeto a circunstancias coyunturales que pueden recomendar la revisión periódica de aquellas medidas.

Dentro de las cláusulas que suelen albergar los testamentos con el objetivo de que se facilite o no se dificulte la continuidad de la empresa —de la manera que la pretenda el empresario testador— se destacan algunas, sobre las cuales se ha proyectado una suerte de clasificación, obviamente no exhaustiva ni siquiera alternativa —ya que muchas opciones se pueden acumular—, que atiende al objetivo que se procure por el titular de la empresa:

A. *Previsión de la incapacidad o minoridad de algunos de los sucesores.* En este sentido, es frecuente la inclusión de sustituciones

fideicomisarias o ejemplares y del nombramiento de administradores con facultades de disposición extraordinaria con respecto a los bienes heredados por menores e incapaces. Esta última posibilidad, al margen del objetivo inicial, puede generalizarse en previsión de herencia yacente, en los que, antes de que se produzca la aceptación, el testador puede nombrar a uno o varios administradores que gestionen la empresa en ese período (*cf.* 795 LEC) o en los casos en que, sometida la institución a condición suspensiva o resolutoria, se pueda sospechar de su incumplimiento (*cf.* arts. 800 y ss.). Por lo que se refiere a la previsión de sustituciones ordinarias o fideicomisarias estas cobran pleno sentido en la hipótesis planteada, dado que a través de las mismas se consigue conservar y vincular el patrimonio y evitar su dispersión —es ese su origen—. Es sabido que las posibilidades de sustituciones son varias: interesa la sustitución vulgar, en el caso de que se plantee una institución subsidiaria, si acaece la premoriencia del instituido o si este no quiere o puede aceptar la herencia; la pupilar o ejemplar, para el supuesto de que el instituido no pueda hacer testamento, precisamente por su incapacidad para ello; y la fideicomisaria, en cambio, en cuanto institución sucesiva, se concilia más con el supuesto de muerte prematura de uno de los cónyuges, asignando al otro o al hijo mayor la condición de fiduciario entre tanto los demás hijos son menores, para controlar la transición hasta que el menor llegue a la mayoría o hasta que lo decida el testador. En general, en cuanto suponen vinculaciones a la propiedad de los bienes, el TS las interpreta de manera restrictiva (se entiende vulgar y no fideicomisaria, en caso de duda) y no pueden gravar la legítima, salvo lo establecido en el art. 782 CC a favor de un hijo o descendiente judicialmente incapacitado en los términos del art. 808 CC.

- B.** *Transmisión de la empresa entre los herederos, sin dividirla.* El supuesto frecuente en el que el empresario pretenda transmitir los bienes empresariales a sus legitimarios, por partes iguales,

con el deseo de que permanezca la situación de indivisión y no se concreten las cuotas hereditarias, para que no haya exclusiones de algunos o acumulaciones de poder en otros, y siendo complejo, por las razones que fueren, para el testador proceder a una partición pormenorizada, se indica el recurso al art. 1051 CC. El testador prohíbe que se realice la partición entre los coherederos en un plazo determinado —v. gr. mientras existan menores o en vida del cónyuge viudo— sin que venga condicionado por los diez años del art. 400 CC. Lo que no puede en ningún modo evitar el testador es que se disuelva la situación de comunidad si acaecen las causas del art. 1700 CC, por las que se extingue la sociedad (art. 1051.II CC).

- C. *Elección de algún o algunos descendientes para atribuir la empresa a título de herencia o de legado.* El refuerzo en la elección de uno o varios descendientes para adjudicar los bienes más significativos de la herencia —en nuestro caso, la empresa— viene dado por la posibilidad del art. 841 CC de que el testador (o el contador-partidor expresamente autorizado por este) ordene que se pague en metálico la porción hereditaria al resto de los legitimarios, entre los que no caben ni el cónyuge viudo ni los ascendientes. Al margen de la anterior, una de las posibilidades interesantes de adjudicación de la empresa es a través de la mejora del art. 829 CC; la denominada “mejora en cosa determinada”, en los casos en los que la empresa no sea el bien más importante del patrimonio o en los que aquélla aún este en formación —y, por lo tanto, no llene los requisitos objetivos del art. 1056.2º CC—. Aunque no impone el precepto la indivisibilidad de la cosa —proyectada en nuestro caso a la empresa— en los casos en que así sea tiene pleno sentido la regla del mismo cuando dice que si el valor de la cosa excede del tercio de mejora y de la parte de la legítima correspondiente al mejorado, este debe abonar la diferencia en metálico a los demás interesados, dándose otra vez la posibilidad al instituido de pagar en metálico.

D. *Exclusión del control de la empresa de ciertos legitimarios.* En ocasiones, la preocupación del fundador de la empresa radica no tanto en el modo de planificar la sucesión de la misma entre los posibles sucesores, cuanto en apartar de su control a algunos de sus legitimarios que no considera adecuados para esa labor. Dentro de las posibilidades que ofrece el testamento, en Derecho común, y teniendo en cuenta el margen de maniobras de la comunidad hereditaria, cuando se constituye, puede ser interesante para el testador que no desea la participación de un legitimario en la empresa familiar, darle su legítima en legado (art. 768 CC), para evitar que participe en la partición y que forme parte de esa comunidad hereditaria en cuanto a las tomas de decisiones y el control de los elementos empresariales, en el entendimiento de que el eventual sujeto problemático está mejor fuera de la comunidad.

Téngase en cuenta, a estos efectos, que pese a la aparente rotundidad del 768 CC, la STS 9 marzo 1993 [RJ 1993/2053] ha aclarado que esta norma no es imperativa sino dispositiva, por lo cual, al final, habrá que estar atento a la intención del causante a la hora de efectuar la designación de heredero aunque lo haya hecho en cosa determinada (STS 26 enero 1988 [RJ 1988/146]), pero teniendo en cuenta sobre todo los efectos que se quisieron para él y por supuesto la cuantía o valor de la cosa (*v. gr.* si ésta representa la totalidad o gran parte de la herencia). No se olvide tampoco que el legatario de parte alícuota —aquel al que se atribuye una cuota o parte de la herencia— se califica, por lo general, como legatario y no como heredero (SSTS 22 enero 1963 [RJ 1963/447]; 3 junio 1976 [RJ 1976/2624]), si está clara la voluntad del testador de no tomarlo por tal —*v. gr.* sustrayéndolo del pago de las deudas—; no obstante, el legatario de parte alícuota asume una posición especial: forma parte —a diferencia de los demás legatarios— de la comunidad hereditaria, puede promover el juicio de testamentaria (art. ant. 1038 LEC 1881; art. 782 LEC 2000), y anotar preventivamente su derecho (arts. 146-152 RH).

- E.** *Conservación de la empresa cierto tiempo sin venderla ni segregarla.* Fuera del caso ya analizado del art. 1051 CC, la utilización de las denominadas prohibiciones de enajenar podría servir en este caso, aunque hay que tener en cuenta que dichas prohibiciones devienen ineficaces si son perpetuas o rebasan el segundo llamamiento del art. 781 CC, sobre la base del disfavor con que el CC trata los diferentes fenómenos de la vinculación de bienes hereditarios y la limitación de la libertad de disposición que ello implica. Frente a las sustituciones, en las que se vincula el patrimonio hereditario haciéndolo pasar intacto de un heredero a otro (del testador), las prohibiciones de enajenar se imponen a cualquier receptor de bienes por el testador, el cual permanece sujeto a la prohibición que acompaña al bien o derecho que pasaría a sus herederos (del heredero), con el fin, por lo general, de conservar en el seno familiar o vincular los bienes dejados por el testador (*cf.* STS 3 marzo 1995 [RJ 1995/1776]). Fuera de los límites que el 781 CC establece, son válidas las prohibiciones temporales de enajenar sobre ciertos bienes o derechos, las cuales no tienen por qué ir acompañadas de la determinación precisa de la persona en cuyo favor se establece.
- F.** *Establecimiento de condiciones o modos al legatario o heredero en la sucesión de la empresa.* La regulación del CC de la sucesión testamentaria delimita un amplio margen de actuación para el testador acerca de en qué condiciones pueda ser sucedido en sus bienes, que pueden afectar asimismo con carácter resolutorio —*cf.* STS 23 febrero 2002 (RJ 2002/2717)— lo cual puede ser útil en algunas sucesiones de empresa, cuando se quiera asegurar, a través de la incorporación al testamento de ciertas condiciones, el cumplimiento de lo establecido en el protocolo familiar o en la línea de la empresa. Las condiciones que establezca el testador, como las que sujetan la obligación, han de ser lícitas y posibles: en otro caso, se tendrán por no puestas

y en nada perjudicarán al heredero, aun cuando el testador disponga otra cosa, dejando plenamente eficaz el testamento. Se trataría, a diferencia de lo que ocurre en la obligación sometida a condición ilícita o imposible que la anula ex art. 1116 CC, de un supuesto paradigmático de nulidad parcial testamentaria. Cabe también aquí la consideración de la institución modal como recurso del empresario-testador que pretenda una prestación de contenido patrimonial (personal o real; a costa de los bienes recibidos o de los propios del heredero; sobre la diferencia entre carga personal y carga real); pero asimismo puede consistir en cualquier acción, omisión, asistencia u otra actividad a cargo del instituido, a favor, también, de un tercero que puede exigir el cumplimiento del modo.

- G.** *Separar la nuda propiedad del usufructo de la empresa, como fórmula de impedir la acumulación de control empresarial.* A través del art. 787 CC, se puede proceder a la atribución por separado de la nuda propiedad y del usufructo y el usufructo sucesivo. La primera de ellas —la *atribución por separado de la nuda propiedad y del usufructo*— apenas presenta problemas; el art. 787 CC le otorga una validez que tendría sin que esta norma así lo confirmara. Se trata de que el testador/fundador asigne simultáneamente el usufructo a un heredero y la nuda propiedad a otro. Sobre las especialidades del usufructo de empresa o de participaciones sociales, hay que remitirse al art. 475 CC y a la legislación societaria específica sobre el usufructo de acciones y de participaciones sociales. Aunque no sea frecuente, en caso de que asignándose el usufructo a una persona, no disponga el heredero de la nuda propiedad, como consecuencia de la desmembración del dominio, ha de entenderse implícitamente atribuida a los herederos abintestato, los cuales se entenderán llamados una vez concluya el término final, al que se somete el llamamiento del usufructuario. Por lo que respecta al *usufructo sucesivo*, que configuraría una hipótesis de sustitución fideicomisaria de legado, se le aplicaría, como señala el 787 CC, la regla

del art. 781 CC en cuanto a la limitación del número de usufructuarios sucesivos que el testador puede establecer. Dentro del art. 787 CC, y sobre la base de la frecuencia con que el/los testamento(s) se establece, encuentra acomodo el denominado *usufructo con facultad de disponer*: al heredero que atribuye el usufructo de los bienes le otorgan poderes de disposición de los bienes o de parte de ellos. Hay que tener en cuenta que, a la vista de la regulación societaria a la que nos referimos, las facultades del usufructuario (percibir dividendos; percibir la parte correspondiente de las reservas generadas) pueden conducir al nudo propietario a una situación de iliquidez que le lleve a una posición muy gravosa, por lo que se recomienda delimitar en algunos casos —piénsese en usufructos vitalicios— las facultades del usufructuario.

- H.** *Proteger al cónyuge viudo no empresario, dándole control sobre la empresa.* En el Derecho común una opción aceptable para combinar los derechos del cónyuge en la sucesión y la intangibilidad cualitativa de los demás legitimarios, sobre todo en el supuesto más común de que concurra con descendientes, es la atribución de la empresa como mejora a través del cauce del art. 829 CC, ya expuesto, al tiempo que se fija, tal y como señala el art. 834 CC, el usufructo del cónyuge sobre esa cuota —según autorizada doctrina, el testador podría derivar la aplicación del usufructo del cónyuge viudo al tercio de libre disposición, aunque si nada dice, es derecho del cónyuge gravar el de mejora—. De esta manera, se atribuye a los legitimarios la nuda propiedad de la empresa, haciendo usufructuario al cónyuge viudo, que, entre otras facultades, tendrá derecho al cobro de los beneficios que se repartan (art. 475 CC).

Las posibilidades en este punto son más amplias en algunos Derechos civiles especiales, como en el de Galicia. Pese a la reducción a la cuarta parte si concurra con descendientes, el usufructo del cónyuge viudo, como derecho legitimario, es más flexible, a la luz del art. 255 LDCG, que permite al causante pagar la legítima al cónyuge

atribuyéndole por cualquier título, en usufructo o en propiedad, bienes determinados de cualquier naturaleza, un capital en dinero, una renta o una pensión y, asimismo, del art. 256 LDCG que le faculta para prohibir a los herederos la conmutación de la legítima del cónyuge viudo. Más aún, en claro paralelismo con las facultades de preferencia del art. 1406 CC, el art. 257 LDCG concede esta vez al cónyuge viudo la facultad para optar por hacer efectiva su cuota, entre otros bienes, en la empresa que viniera desarrollando con su trabajo —en estos casos, se trata de proteger la situación del cónyuge viudo en la empresa sino ganancial sí desarrollada o gestionada también con su trabajo—.

- I. *Deferir la decisión de quién será el sucesor más allá de la muerte del empresario.* No será extraña la intención del fundador de intentar postergar al máximo la decisión sobre la sucesión de la empresa, incluso más allá de su propia muerte. Al margen de los casos en que, como en el Derecho civil de Galicia, se admita el testamento por comisario o sucedáneos, aceptándose entonces la posibilidad de que sea el cónyuge el que teste por el empresario, en ejercicio de la facultad testatoria concedida por este, designando heredero y haciendo asignaciones de bienes concretos entre descendientes comunes (*cfr.* arts. 196 y ss. LDCG), el carácter personalísimo del testamento en Derecho común deja el resquicio del art. 831 CC, relativo a la delegación de la facultad de mejorar concedida al cónyuge respecto de los hijos o descendientes comunes. Así pues, con arreglo a este precepto, el empresario puede delegar en el cónyuge o pareja de hecho con descendencia común la decisión de mejorar a los legitimarios o descendientes del causante, con cargo incluso al tercio de libre disposición, a través de las adjudicaciones o atribuciones de bienes concretos por cualquier título o concepto sucesorio o particiones, las cuales se podrán realizar en uno o varios actos, simultáneos o sucesivos. Entretanto el cónyuge no ejecute la delegación, será él quien administre los bienes sobre los que penden las facultades a las que se refiere la norma

(administración ordinaria y extraordinaria). Salvo en el supuesto en que se faculte al cónyuge a realizar esta atribución en su propio testamento, este ejecutará las decisiones en el plazo que se haya establecido por el causante y, en su defecto, en el de dos años desde que se abra la sucesión. Hay que tener en cuenta que la delegación de la facultad de mejorar sólo puede hacerse en testamento, por lo que cabe en cualquier momento la revocación. Los límites a las amplias facultades del cónyuge los pone la norma en las legítimas estrictas de los descendientes, las mejoras y demás disposiciones del causante a favor de estos, y en el hecho de que el cónyuge o pareja delegada contraiga ulterior matrimonio, o pase a relación de hecho análoga o tenga algún hijo no común, salvo que el testador hubiese dispuesto otra cosa.

- J. *Evitar conflictos en la interpretación y ejecución del testamento del empresario.* Para el período propiamente de ejecución del testamento, aunque pueda iniciar antes sus funciones, los testamentos de empresario suelen dar entrada al albacea con amplios poderes de ejecución e interpretación para tratar de asegurar el buen fin de la voluntad del testador. Si se opta por nombrar albacea universal sin asignarle funciones específicas, habrá que estar al propio concepto y significado del albacea universal: estará investido de todas las facultades precisas para cumplir la voluntad del *de cuius* hasta la adjudicación y entrega de los bienes, y, por tanto, de las de contar y partir. En fin, tendrá todas las facultades relativas a la ejecución, pero también a las de representación de la herencia y gestión de los bienes. No obstante, la posibilidad de que el albacea gestione directamente la empresa y haga las veces de administrador rebasa con creces los márgenes de su ámbito de actuación; eso si entre las atribuciones de “tomar las precauciones...” del art. 902.4º CC puede entrar la del nombramiento de un administrador para la misma so pena de que, en defecto de acuerdo entre herederos, la empresa se paralice.

3.2.3. La empresa familiar en la partición hereditaria: el recurso al art. 1056.2 CC

Al margen de la posibilidad del art. 1051 CC, ya comentada en el epígrafe anterior, la vía testamentaria ha de complementarse, en su caso, por el recurso al art. 1056.2º CC, que, tras la reforma por la citada Ley 7/2003, intenta facilitar el pago en metálico de la legítima a los demás interesados mediante un aplazamiento del mismo, que pueda alcanzar hasta los cinco años a contar desde el fallecimiento del testador, así como en la posibilidad de aplicar cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. La partición realizada por el testador sobre la base del art. 1056.2º CC evitará la aplicación de otras normas —como el art. 1062 CC, o los arts. 843 y 844 CC— que pueden determinar la ineficacia de las cláusulas testamentarias que tengan por objetivo la atribución de la empresa a un único sucesor. El art. 1056.2º CC aspira a ser un expediente para que el testador, en atención a la conservación de la empresa o en interés de la familia, pueda preservar la indivisión de la explotación económica o mantener el control de una sociedad de capital o grupo de éstas. Son presupuestos necesarios para la enervación de esta facultad del testador la concurrencia de este elemento empresarial —que tras la reforma de 2003 ya acoge la posición mayoritaria en un grupo de empresas— valorándose en el momento de la muerte del causante; la existencia de un testamento válido, en el que se distribuya de la manera más concreta posible los bienes, para que la aplicación de la norma sea eficaz; y, por supuesto, la elección del favorecido que vaya a recibir la empresa o la mayoría de las participaciones societarias. La norma analizada nada dice acerca de la condición de este sujeto, por lo que se ha discutido no sólo si ha de ser uno o pueden ser varios, sino si ha de ser o no legitimario. Acerca de la primera cuestión, y debido al silencio de la norma, creo que no se puede evitar la concurrencia de varios favorecidos, siempre que se dé por cubierto el interés y finalidad del precepto: el mantenimiento indiviso de la empresa o del control de la sociedad. Y, por la misma razón, enfatizada en este

caso por la locución del art. 1056.2º CC “demás interesados”, y no “demás hijos” —como en la redacción anterior—, se ha entendido que el favorecido no ha de ser legitimario. Sin embargo, nótese que, en este punto, en realidad la norma dice: “disponiendo que se pague en metálico *su legítima a los demás interesados*”, por lo que, en esta locución, los demás interesados son los demás legitimarios y no otros sujetos, por lo que el argumento anterior no me parece convincente. Frente a la dicción anterior, parece, en cambio, que podría incorporar a los ascendientes y no solo a los hijos —a diferencia del art. 841 CC—. Se aprecia a simple vista la ventaja que le proporciona al favorecido el pago de la legítima en las condiciones del art. 1056.2º CC. Permite el pago con dinero extrahereditario, el pago diferido hasta en cinco años a contar desde el fallecimiento del testador, y aplicar al dicho pago causas de extinción de las obligaciones, como compensaciones de deudas que existieran entre los herederos. Con todo, el cálculo de la legítima en estos casos sigue siendo cuestión debatida en la doctrina, por lo que se refiere al momento de su valoración. La aplicación del art. 847 CC (que el propio precepto no excluye; sí lo hace respecto de los arts. 843 y 844 CC) conduce al momento de la liquidación de la legítima como criterio a aplicar, lo que puede causar cierto perjuicio al heredero beneficiado.

Siendo el art. 1056.2º CC un canal específico para la sucesión de empresa, si se pretende, obviamente, por el empresario-testador alcanzar el objetivo que marca la norma, lo cierto es que algunas circunstancias pueden determinar que la norma citada no sea la más adecuada. Al margen de la hipótesis en la que el empresario no desee la elección del favorecido en los términos de la norma y de los problemas que se plantean con la adaptación del art. 1056.2º CC a la empresa ganancial, la planificación del testamento por el empresario en momentos prematuros en los que no hay sucesores o no está claro quien ha de ser el “favorecido” del art. 1056.2º CC excluyen la aplicación de esta norma pero no de otras cautelas en sede particional. Es interesante, en este sentido,

el nombramiento de contador-partidor (de uno o de varios) por la vía del art. 1057 CC, quien, debido a su carácter personalísimo, no podrá delegar el cargo en otra persona si no tuviese expresa autorización del testador (ex art. 909 CC), salvo los supuestos de mero auxilio o ayuda, material o jurídica, de terceras personas, si así lo precisa, lo cual determina un grado importante de fiabilidad para el empresario si confía en una persona o un experto a los efectos de partir su herencia y de valorar su empresa. La posibilidad —interesante, a mi juicio, en estos casos de planificación prematura de la sucesión de la empresa— de que sea el cónyuge viudo el contador-partidor resulta vetada desde el art. 1057 CC (el cónyuge viudo es heredero por razón de su cuota usufructuaria), pero no desde otros Derechos civiles territoriales, que contemplan expresamente esta opción. Es el caso del Derecho gallego, que prevé que el testador designe contador-partidor al cónyuge viudo al que solo le hubiere dejado el usufructo universal de la herencia (art. 284 LDCG), al que se asimila la pareja de hecho sobreviviente —si le deja el usufructo total de la herencia— por aplicación de la D.A. 3ª LDCG, en la redacción de la Ley 10/2007, de 28 de junio.

La posibilidad de partición conjunta por los cónyuges podría aligerar los problemas que suscita la cuestión de la titularidad de los bienes del art. 1056.2º CC, respecto del cual, aunque se permita la entrada de bienes gananciales, la eficacia de la norma queda subordinada a la liquidación que se haga de la sociedad de gananciales. Pero, a diferencia de lo que acontece en el Derecho gallego, en el que sí es posible la partición conjunta, aunque se haya testado separadamente (art. 276 LDCG), el Derecho común parte de la base de que el testador no puede incluir en su partición los bienes gananciales, y aunque es posible que los cónyuges hagan particiones simultáneas, igual que pueden hacer testamentos idénticos, la sombra de la revocación siempre planea.

Capítulo 4

LOS PROTOCOLOS FAMILIARES COMO EXPEDIENTES DE CONTINUIDAD Y DE ORDENACIÓN DE LA EMPRESA FAMILIAR



4.1. EL PROTOCOLO FAMILIAR. IMPACTO DEL RD 171/2007, DE 9 DE FEBRERO

Extramuros de la legislación civil —acaso por la insuficiencia de sus propuestas que pecan de altas dosis de individualidad— otra solución, cada vez de más impacto, radica en la utilización de los protocolos familiares como expedientes de autorregulación de la empresa familiar, en los cuales, entre otras cuestiones, pueden tratarse los problemas que afectan a la ordenación económica-familiar de los miembros y al de la sucesión empresarial. La figura del protocolo familiar ha calado en la práctica de algunas empresas familiares —despertando así la curiosidad de analistas jurídicos, también de los civilistas— y ha vuelto adquirir protagonismo debido a la publicación del RD 171/2007, de 9 febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, en cumplimiento de la D.F. 2ª de la Ley 7/2003, que, entre otras cuestiones, ha aclarado las dudas suscitadas en torno a su inscripción registral, sin configurar un contenido preceptivo para dicho protocolo ni tampoco exigiendo de ningún modo ni forma determinada ni su publicidad, que se establece como voluntaria, como coadyuvante, si así se estima, a su propia eficacia.

Acerca del concepto de protocolo familiar no hay unanimidad. La práctica y la doctrina lo han venido configurando como un documento suscrito entre la familia del empresario que tiene como objetivo o función establecer las líneas maestras de lo que es la empresa familiar, como se concibe en la actualidad, y las directrices que se entienden convenientes *ad futurum*, con especial énfasis en su sucesión. Se conforma como expresión máxima de la autorregulación de la empresa familiar, por lo que varía en función de las circunstancias de cada una. Siendo así se intuye que el contenido del protocolo resulta de lo más heterogéneo, ya que en él se combinan meras declaraciones de buenas intenciones —de escasa relevancia jurídica, solo exigibles desde una perspectiva moral— con pactos o cláusulas contractuales, suscritos de manera multilateral

por los miembros de la familia, ya en documento público o privado, —de eficacia *inter partes*— e, incluso, con otros pactos que suelen ya incorporarse a los estatutos de la sociedad y oponerse frente a terceros, como los que afectan al régimen de las acciones o participaciones sociales o a los acuerdos sobre agrupación de voto, entre otros.

Este contenido del protocolo alberga generalmente cláusulas relativas a derechos y obligaciones de los familiares que lo suscriben (retribución, normas de cualificación profesional, entrada y salida de la empresa, ordenación familiar y sucesoria, pactos de transmisión de acciones, etc.), por lo que, si efectivamente se cumplen los requisitos generales del contrato, quienes acuerden el protocolo quedan vinculados contractualmente, aplicándose las reglas generales de cumplimiento de las obligaciones en cada caso. Que la parte contractual del protocolo obligue *per se* —si se parte de su carácter de contrato atípico multilateral— *inter partes* no es incompatible con el hecho de que al protocolo familiar se le atribuya un carácter organizatorio o de acuerdo marco, cuyas expresiones concretas necesiten de un desarrollo o ejecución posterior para dar eficacia a su contenido —sobre todo porque puede afectar a terceros— lo cual se consigue, dependiendo de cada caso, a través de los propios estatutos o de pactos extraestatutarios o parasociales, o de capitulaciones matrimoniales o de testamentos o pactos sucesorios que otorguen los miembros. Piénsese que si a través del protocolo se pretende que los miembros de la familia tengan un régimen económico matrimonial determinado para evitar los efectos perniciosos y reflejos de la liquidación de una sociedad de gananciales de un miembro de la empresa, el acuerdo en el protocolo asumiendo ese compromiso necesita de su concreción en capitulaciones por cada uno de los miembros, lo cual es independiente de la eficacia *inter partes* del acuerdo y de la responsabilidad de los miembros de la familia por el incumplimiento de las obligaciones asumidas.

Acreditada la íntima relación entre protocolo familiar y ejecución del protocolo a través de las propias decisiones de los sujetos, se justifica la necesidad, para alcanzar los objetivos del protocolo, de que este y el instrumento sucesorio y/o familiar se coordinen, hasta el punto de sugerirse desde algunas instancias a introducir modificaciones en la legislación para fijar la prevalencia de los pactos entre los socios o miembros de la empresa frente a los actos unilaterales de cada uno de ellos que contradigan lo pactado de consuno. Por ello, en el siguiente análisis que se propone de algunas de las cláusulas se insiste en la doble perspectiva y eficacia del protocolo: como contrato que vincula a las partes, para el caso de que se hayan respetado los requisitos esenciales del art. 1261 CC —con particular referencia a lo que puede ser objeto o no de contrato— y como pacto que pretende alcanzar determinados resultados o finalidades, que dependen de la existencia de otros negocios suscritos en cumplimiento de las obligaciones asumidas por los miembros de la empresa o sociedad.

La diferencia entre pactos típicamente sociales (los que se inscribían merced al art. 9 LRM) y los que se consideraban extraestatutarios generalmente se torna ahora más tenue desde la entrada en vigor del RD 171/2007, de 9 de febrero, que permite el acceso al Registro de cláusulas típicamente no inscribibles, bajo ciertas condiciones de forma y de consentimiento cuando contengan datos relativos a la intimidad de las personas. Téngase en cuenta que, solo a sus efectos —regular las condiciones de publicidad y especialmente de acceso al Registro Mercantil— el art. 1o del RD 171/2007, de 9 febrero, ha definido el protocolo familiar como “aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre si o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la que tengan un interés común en orden a lograr un modelo de comunicación y consenso en la toma de decisiones para regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa que afectan a la entidad”. Se trata de un concepto que aun reconociendo aspectos peculiares

de los protocolos —objetivo de lograr consenso en las relaciones familia empresa— propiedad y carácter marcadamente familiar de los partícipes no agota la tipología de protocolos familiares que se dan en la práctica (sin ir más lejos, entre empresas que no acogen formas societarias).

En todo caso, el impacto del RD 171/2007 radica en la publicidad que se pretende otorgar por la norma al protocolo familiar y a sus cláusulas. La norma regula la publicidad de los protocolos, que respondan a la definición legal, tanto en la web de la sociedad como en el Registro Mercantil, si se cumplen ciertos requisitos: a) publicación de un único protocolo por sociedad, si bien puede ser objeto de varias formas de publicidad; b) es el órgano de administración el responsable de la publicación del mismo con fundamento en el interés social; c) la publicación ha de ajustarse a las normas sobre protección de datos de carácter personal, debiéndose contar con el consentimiento expreso de los afectados cuyos datos se incluyan en el protocolo; d) se ha de actualizar el protocolo; a falta de esta actualización se presume la vigencia del protocolo familiar.

La publicidad propiamente registral del protocolo —al margen de otra forma de publicidad regulada, la que se produce en el sitio web de la sociedad, con la única exigencia (y vinculación con el Registro) de que debe hacerse en el dominio o dirección de internet que conste en la hoja abierta a la sociedad en el Registro Mercantil (art. 9 de la LSSICE)— se articula en torno dos cauces: la publicidad material del protocolo, con inscripción de las cláusulas que contiene (art. 7 RD 171/2007) y la publicidad noticia, que se establece en el art. 5 de la norma reseñada, en el sentido de que “da a conocer la existencia de un protocolo familiar pero no su contenido, y que por su propia definición no entraña la calificación de sus cláusulas, no genera un efecto de publicidad material, ni, mucho menos, garantiza su cumplimiento. Solo estaría amparada por la fe pública registral la modificación estatutaria inscrita como consecuencia de la ejecución de un protocolo familiar publicado

(artículo 7 del citado Real Decreto), y como tal cláusula estatutaria inscrita obligaría a los socios” (RDGRN 30 septiembre 2008 [AC 2009/625]). Con cita de la propia resolución mencionada, existe una tercera vía; la que establece el artículo 6 del Real Decreto, en virtud del cual al depositar las cuentas anuales el órgano de administración puede incluir, entre la documentación correspondiente, una copia o testimonio total o parcial del documento público en que conste el protocolo de la sociedad, en cuanto documento que puede afectar al buen gobierno de la sociedad familiar (RDGRN 30 septiembre 2008 [AC 2009/625]).

4.2. CLÁUSULAS DE LOS PROTOCOLOS PARA ASEGURAR LA CONTINUIDAD DE LA EMPRESA FAMILIAR

A continuación se examinan algunas cláusulas que se suelen incorporar en los protocolos familiares y que afectan o pueden afectar de manera indirecta a la ordenación sucesoria de la empresa familiar o de sus miembros. No entraremos en otras que, asimismo comunes y típicas, nada tienen que ver con el asunto en cuestión, y que además de afectadas por los límites generales de la autonomía privada, están fuertemente condicionadas por la legislación societaria.

Entre otras, son frecuentes: cláusulas de remuneración; de acceso de los familiares a puestos de gestión; cláusulas de adhesión y revisión del protocolo; pacto por el que los socios se comprometen a someter a arbitraje las controversias que surjan; el pacto que establezca la obligación de venta conjunta por los socios de las partes sociales de las sociedades que se encuentren vinculadas entre sí; etc.

Partimos de la premisa de que las cláusulas que contienen los protocolos son consentidas libremente por los miembros de la familia que inicialmente, o de manera paulatina, se van incorporando a la empresa, según las condiciones fijadas en el propio protocolo, que también suele contener cláusulas de duración y de abandono o desistimiento por parte de los miembros de la empresa, así

como otras de actualización periódica de su contenido —a esta actualización se refiere expresamente el art. 3.3 RD 171/2007— o de interpretación del mismo. En este sentido, de lo que se trata es de exponer, considerando la doble caracterización del protocolo a la que se hacía referencia, los márgenes de validez de algunos pactos más usados con trascendencia sucesoria o familiar y de determinar su eficacia jurídica.

Rasgo común a las cláusulas del protocolo suele ser el establecimiento de cláusulas penales en el caso de que los compromisos asumidos no se cumplan. El afianzamiento con cláusula penal vendría, en ocasiones, a sustituir la relativa eficacia *ad extra* que muchas de las cláusulas del protocolo pueden tener y a valorar la indemnización debida con carácter anticipado dada la imposibilidad de que se compela al deudor a realizar la prestación, a causa, generalmente, de la obligación de hacer personalísimo su perfil. La previsión y uso de la cláusula penal en los protocolos ha sido considerada en el propio RD 171/2007, cuya disposición final segunda modifica el art. 114.2 del RRM para admitir, siempre que el protocolo adopte el concepto y forma que se establece en la norma, la inscripción de “[l]as cláusulas penales en garantía de obligaciones pactadas e inscritas, especialmente si están contenidas en protocolo familiar publicado en la forma establecida en los artículos 6 y 7 del Real Decreto por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares”.

Se ha puesto en entredicho la validez de las penas convencionales cuando se refieren a ciertas cláusulas que tienen que ver con la ordenación familiar o sucesoria de los miembros de la empresa familiar. En otros términos, si uno de los hijos no adopta el régimen económico matrimonial que ha suscrito en el protocolo o no incorpora en capitulaciones alguna cláusula tal y como se ha comprometido, ¿es exigible por el resto de los miembros la cláusula penal por dicho incumplimiento?

Sobre esta cuestión hay que volver sobre algunas reflexiones ya efectuadas. En primer lugar, podemos cuestionarnos si las

cláusulas a las que nos referimos generan obligaciones en sentido técnico, ya que no siendo así, huelga hablar de obligaciones accesorias, como las cláusulas penales. La ambigua naturaleza jurídica de algunas partes de los protocolos familiares dificulta la cuestión ya que, en ocasiones, y según el concreto protocolo, estaremos ante meras declaraciones de intenciones que no revisten la misma eficacia —y ello sin descartar *a priori* la obligatoriedad de tales declaraciones—.

Véase la SAP Tenerife 8 abril 2002 [JUR 2002/164471]: “[S]e ha de concluir que dicho Protocolo carece de cualquier virtualidad a los efectos pretendidos por el demandante, ello por las siguientes razones: 1º) Examinado el contenido de dicho documento, se aprecia que el mismo no es más que una propuesta realizada por una empresa dedicada al asesoramiento de otras empresas, Centro Europeo de Evolución Económica S.A. (Cedec), con miras a determinar un protocolo que, recogiendo el espíritu que debería presidir las relaciones entre los miembros de la familia en su proyección empresarial, fijase los procedimientos de incorporación de los nuevos miembros de la familia a los distintos niveles operativos de la empresa, con vistas al relevo generacional, todo ello, recogiendo el espíritu del fundador y la tradición familiar. 2º) Dicho informe fue encargado por la empresa Galerías Whebe S.L., que aún formando parte del grupo familiar de empresas, nada tiene que ver con la entidad demandada. 3º) Dentro del exclusivo ámbito de esa empresa, el mencionado protocolo carece de carácter jurídico vinculante alguno, no solo por su contenido, mera propuesta de intenciones, sino porque nunca fue aprobado [...]”.

No obstante, ya se vio que es común identificar cierto contenido contractual en el protocolo, fuente, entonces, de obligaciones ex art. 1089 CC. En segundo término, la validez de la cláusula penal habrá de ser valorada, en cada caso, tomando como parámetro la de la obligación principal (art. 1155 CC), sin que quepa, a mi entender, establecer juicios apriorísticos en función de la naturaleza peculiar de estas obligaciones a las que nos referimos *supra*. En otras palabras, poniendo un ejemplo concreto, el obligarse *v. gr.* a

capitular en un sentido determinado lo considero una obligación en principio lícita, como lo pueden ser otras a las que se comprometan los firmantes del protocolo, siempre que, obviamente, se hayan traspasado los filtros de validez contractual. No obstante, la heterogeneidad de estas cláusulas impide un pronunciamiento global sobre la cuestión, que se tratará de efectuar después. En tercer lugar, es cierto que lo que puede quedar comprometido es la propia exigencia de la cláusula penal porque es fácil toparse aquí, dada la naturaleza de estos compromisos, con incumplimientos no imputables o con la propia liberación del deudor por imposibilidad sobrevinida de la prestación principal, que derivarán en la inexigibilidad de la pena por no darse la “*falta de cumplimiento*”, del art. 1152 CC, según las reglas generales del incumplimiento obligacional de los arts. 1101 y ss. CC. La necesaria colaboración de terceros en el cumplimiento de algunas de estas cláusulas (del cónyuge del familiar) o el cambio de las circunstancias iniciales que sirvieron de base a la cláusula penal —que además es objeto de interpretación restrictiva (cfr. STS 18 julio 2005 [RJ 2005/5480])— impedirían la exigibilidad de la cláusula penal en muchas ocasiones.

En cambio, plantea muchas dudas la obligación del fundador de hacer una donación a determinados descendientes, cuando llegue a una determinada edad, por ejemplo. Como es sabido, doctrina consolidada del TS considera que la simple promesa de donación, aunque fuese aceptada, no es suficiente (SSTS 6 junio 1908; 27 junio 1914 y 8 abril 1926 y SAP A Coruña 14 noviembre 2002 [AC 2003/68], con respecto a bienes muebles, y 23 de diciembre de 1995 [RJ 1995/9396]; 25 noviembre 2004 [RJ 2004/7251]; 24 enero 2008 [RJ 2008/218], en relación con bienes inmuebles), pues es de imprescindible observancia los requisitos formales de los arts. 632 y 633 CC. La mayor contundencia, aun así, de esta doctrina se refiere a la donación de inmuebles (la STS 24 enero 2008 esta realizada en el marco del convenio regulador de separación entre los cónyuges, en el que tampoco estaban, ni, por tanto, aceptaban la misma los donatarios).

Tampoco puede esquivarse la cuestión del *quantum* de las cláusulas penales y su debida proporcionalidad. Si la pena sustituye a la indemnización sin que sea necesario la prueba del daño efectivamente causado, penas excesivamente altas serán muy desproporcionadas si tenemos en cuenta el escaso daño efectivo que se le puede causar a la empresa porque uno de los socios no cumpla alguna de las obligaciones asumidas.

4.2.1. Cláusulas sobre elección del régimen económico matrimonial para los sucesores

En la idea de no dejar al azar el régimen económico matrimonial del fundador y sucesores de la empresa familiar, evitando la conflictividad de ciertos regimenes económicos, en especial el de sociedad de gananciales, —sin minimizar tampoco los problemas derivados de la determinación del régimen legal entre los cónyuges de diferente vecindad civil en defecto de capitulaciones— se incorporan estas cláusulas a los protocolos familiares en las que se recomienda o se obliga a los sucesores a la elección de cierto régimen económico, generalmente el de separación de bienes. En el caso de que se configuren como obligaciones, su efectividad se hace depender de la incorporación a la empresa familiar —de modo que no podrá ser sucesor o miembro de la empresa familiar quien no cumpla el mandato— y generalmente se afianza su cumplimiento con una cláusula penal. La validez —la validez de obligarse a la elección de un régimen económico-matrimonial determinado, cuyo cumplimiento se ejecutará a través de la realización de capitulaciones con ocasión el matrimonio— no creo que sea cuestionable, en tanto constituyente de un *facere* lícito. Curiosamente, el preámbulo del RD 171/2007, para justificar el art. 3.2 relativo al reenvío a la legislación de protección de datos, las contempla expresamente. Eso sí, téngase en cuenta que si la cláusula condiciona los derechos sucesorios, no podrá afectar a los derechos legítimos de los sucesores. Si la elección de régimen económico-matrimonial se plantea

como una cuestión clave en la ordenación de la empresa familiar, no lo será menos la de que los miembros opten por casarse o configurarse como unión de hecho.

En una política de planificación familiar y sucesoria y de la continuidad de la empresa —fundamentos todos ellos del protocolo— la unión de hecho conlleva cierto grado de inseguridad jurídica no solo por lo que atañe a la liquidación del régimen que tuviera la pareja sino asimismo en lo referente a los derechos sucesorios de los miembros de ella. Nótese que, *v. gr.*, en Derecho civil de Galicia y ex Disposición Adicional 3ª LDCG (reformada por la Ley 10/2007), a los efectos de aplicación de la Ley —y no a todos, por tanto— “se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente ley reconoce a los cónyuges”. Y aunque la interpretación del ámbito de aplicación de la norma —y, en particular, de los derechos sucesorios de las parejas de hecho que cumplan los requisitos del núm. 2 de la D.A. 3ª LDCG— no es, con todo, cuestión pacífica en el Derecho gallego, lo cierto es que el conviviente de hecho en Galicia, frente a los de otras CC. AA. y del Derecho común, se acerca a la situación jurídica del cónyuge supérstite, por lo menos en la sucesión testada. Siguiendo con el ejemplo gallego, y por lo que hace al régimen económico aplicable a la pareja de hecho, durante la convivencia, el núm. 3 de la citada Disposición adicional 3ª LDCG faculta a las partes para establecer válidamente en escritura pública los pactos que estimen convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su extinción, con el límite de la ley, de la igualdad de derechos y del perjuicio para ellos.

El planteamiento de este asunto en los términos de si es válida la cláusula por la que se establezca la prohibición de que los miembros se configuren como pareja de hecho evoca irremediabilmente la regulación del CC en materia de condiciones testamentarias

que, consiente condiciones al testador de manera que limiten la autonomía del heredero en su vida personal. Como es sabido, al margen de las de los arts. 793 y 794 CC, la jurisprudencia ha considerado como nulas ex art. 792 por ser ilícitas o contrarias a las buenas costumbres: la condición que suponía excluir a todos los que no sean hijos legítimos (STS 29 septiembre 2006 [RJ 2006/6513]); la cláusula por la que se prohíbe a los instituidos promover cuestión judicial sobre la testamentaria, o la prohibición de intervención judicial (STS 12 noviembre 1964 [RJ 1964/5093]); la condición de respetar una partición nula (STS 3 marzo 1980 [RJ 1980/1016]). Sin embargo, no considera nula la STS 2 diciembre 1991 [RJ 1991/8899] “la condición de exigir otorgamiento de beneplácito a su matrimonio, para ser mejorado, de acuerdo con las costumbres del momento en que se otorgó”, pese a que el propio TS parece flexible con las condiciones de su cumplimiento. Por lo que se refiere al art. 793. I CC, la norma considera nula la condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio, que habrá de entenderse la que excluye el matrimonio con cualquiera, perpetuamente y bajo toda circunstancia. Ello significa que no lo será la que impide el matrimonio con cierta persona, como la del supuesto de la STS 7 enero 1889 [JC 1889, T. 88, núm. 99], ni la que condiciona la sucesión —en un título nobiliario— al matrimonio con persona notoriamente noble, como es el caso de la STS 28 octubre 1981 [RJ 1980/4676].

En todo caso, a los efectos de evitar la inseguridad jurídica que puede proporcionar las uniones de hecho ante posibles liquidaciones entre convivientes, resultará más saludable y menos agresiva la cláusula por la que se obligue también a las parejas de hecho que se configuren a dotarse en pactos privados de una regulación económica similar a la que se exija para las personas casadas, pactos que no plantean ningún tipo de objeción y que facilitan enormemente el complejo proceso liquidatorio en caso de ruptura o muerte de uno de los convivientes.

4.2.2. Cláusulas sobre preliquidación de sociedad de gananciales

Sobre estas cláusulas nos remitimos al análisis que de ellas se hizo en sede de capitulaciones matrimoniales. Si se incorporan, también, al protocolo familiar se hace con la finalidad no tanto de que estén vigente entre los cónyuges sino que vayan a estarlo entre los sucesivos firmantes del protocolo: se trata de que los cónyuges que pertenecen a la empresa incluyan en capitulaciones algún expediente rectificador de los efectos reflejos que la liquidación de la sociedad de gananciales pudiera tener en la empresa.

4.2.3. Cláusulas sobre irrevocabilidad de testamento

Ha de evaluarse la admisibilidad de estos pactos no sin antes enfatizar el carácter esencialmente revocable del negocio jurídico testamentario y la nulidad de las cláusulas testamentarias que limiten o anulen su revocabilidad. Es sabido que el testamento es un negocio jurídico esencialmente revocable (art. 737 CC); revocabilidad fundamentada ya en el carácter unilateral del acto ya en su eficacia *mortis causa*, en tanto que al producir el testamento efectos después de la muerte no hay inconveniente en que la voluntad sea cambiada hasta entonces. Sea cual fuere su fundamento, es innegable la posibilidad del testador de revocar, en cualquier momento, su testamento. Tan esencial resulta esta facultad que son nulas y se tendrán por no puestas las cláusulas derogatorias de las disposiciones futuras y aquellas en las que ordene el testador que no valga la revocación del testamento si no la hiciere con ciertas palabras o señales (art. 737.2º CC). Se considera ineficaz, por lo tanto, la renuncia del testador a la facultad de revocar su testamento y a hacerlo con absoluta libertad; prohibiendo definitivamente las denominadas cláusulas *ad cautelam*. Así las cosas, no es defendible, a nuestro juicio, la viabilidad de cláusulas extratestamentarias que condicionen las facultades esenciales del testador, entre las que, sin duda, estarían las penalizaciones o limitaciones a la revocabilidad del testamento.

4.2.4. Cláusulas por las que se obliga a otorgar testamento en un sentido determinado o por las que se nombra heredero a uno determinado

En la línea anterior, también se incorporan a los protocolos cláusulas en las que se obligan a los que lo suscriben a testar de una determinada forma, al modo de un pacto sucesorio encubierto. De este modo, los que se incorporan a la empresa familiar se comprometen a la confección de un testamento *ad hoc* de modo que se facilite la correlación entre sucesión de cada miembro y la continuidad (planificada) de la empresa. La obligatoriedad del comportamiento, como en otros casos ya vistos, viene reforzada por la consabida cláusula penal. Si consideramos la citada cláusula como un límite a la libertad de testar de los miembros de la empresa familiar, en tanto cercenadora de su autonomía privada respecto al propio acto de testar (o no testar) y a su contenido, su eficacia plantea serias dudas; la presión que genera el cumplimiento del protocolo familiar puede convertirse en un factor externo de captación de la voluntad del testador, y no creo que fuese difícil impugnar un testamento en el que el testador se ha comprometido a instituir a un sujeto determinado. Además, no podría condicionar la institución de heredero —ni de legatario— sobre la base del art. 794 CC que entiende nula la condición impuesta por el testador de que el heredero haga en su testamento alguna disposición en favor del testador u otra persona —denominada tradicionalmente “condición captatoria”— con fundamento en su contradicción con el carácter personalísimo del testamento y en la propia libertad de testar. Para que exista nulidad habrán de cumplirse los requisitos del art. 794 CC y, asimismo, “es preciso que del cumplimiento o incumplimiento de la misma penda la eficacia o ineficacia del derecho a que se refiera, circunstancia que no se da en el caso presente, puesto que dados los términos del testamento, el heredero seguirá ostentando esta cualidad, cumpla o no el encargo de la testadora”. (RDGRN 19 julio 1909 [JC 1909, T. 115, núm. 144]).

Véase el supuesto que sirve de base a la RDGRN 30 septiembre 2008 (RDGRN 2009/625), ya citada, en el que el protocolo suscrito por el fundador y sus cuatro hijos se realiza ante notario, constando al final del documento las firmas de los cinco. En el protocolo que, según consta, "tiene por objeto regular las relaciones de los miembros de la familia respecto del negocio familiar", prevé, entre otras cláusulas, "la sucesión en la persona del fundador e integración de los familiares en la empresa y órganos de gobierno".

Específicamente, en el Derecho civil catalán, el art. 431.3 del Libro IV del CC parece descartar esta hipótesis cuando considera nulo el pacto de otorgar o de no otorgar una disposición de última voluntad. Ahora bien, si entendemos la cláusula como un pacto sucesorio encubierto suscrito entre los miembros de la familia, el juicio acerca de su validez necesita de alguna matización, por lo menos respecto a los Derechos civiles territoriales que dan por buena la sucesión contractual —en Derecho común esta perspectiva caería en la órbita de la prohibición del art. 1271 CC: pactos sobre la herencia futura—. Pese a que lo normal es que estas cláusulas actúen como lo hace el propio protocolo, es decir, como acuerdo marco o previo o con carácter instituyente, que necesita de otros instrumentos jurídicos para desarrollar su eficacia, tampoco hay que descartar que la cláusula del protocolo redactada, en el sentido de nombrar heredero a uno determinado constituya, en sí mismo un pacto sucesorio y que, como tal, provoque efectos sucesorios *per se*. La eficacia de la cláusula del protocolo como verdadero pacto sucesorio dependerá de que se cumplan los caracteres de alguno de ellos de los regulados en los diferentes Derechos civiles especiales de las CC. AA., y de que asuma cierta completud, sin necesidad de reenvío o desarrollo a otro negocio jurídico. Menos problemas para ello pueden representar los protocolos suscritos entre la primera generación de la empresa —o sea, entre el fundador y sus hijos— y más inconvenientes se antojan cuando el protocolo va siendo adherido por las sucesivas generaciones o en los casos de empresas relativamente amplias, desde el punto de vista subjetivo.

En el Derecho gallego, sosteniendo aquí la tesis de que no hay otros pactos que los ya analizados (*ergo*, no pudiendo hablar de un principio general de validez de la sucesión contractual), el planteamiento anterior pasa por el necesario cumplimiento de los requisitos de los pactos (los de mejora y apartación). Nótese que desde el punto de vista subjetivo, la participación de otros sujetos que no sean los llamados en cada caso frustra la viabilidad del pacto y este no tendría validez como tal. Lo mismo ha de concluirse respecto de los requisitos formales: los pactos sucesorios en la LDCG habrán de ser otorgados en escritura pública, so pena de invalidez (art. 211 LDCG); aunque este extremo no ha de ser difícil que se cumpla, especialmente después de la publicación del RD 171/2007, para conseguir los efectos de publicidad que establece la norma. Y todo ello siempre que se considere que el instituyente tuvo la voluntad de mejorar (o apartar) en su caso y no simplemente comprometerse a hacerlo, con las diferentes consecuencias jurídicas en uno y otro caso.

4.2.5. Pactos que establecen condiciones a la transmisión *mortis causa* de participaciones sociales

Se hace necesaria una breve mención a los pactos que contienen limitaciones a la transmisión *mortis causa* de las acciones, y que se contienen normalmente en los propios Estatutos sociales. A estos efectos, hay que traer a colación la regulación del art. 110.1 de la Ley de Sociedades de Capital (RDLeg 1/2010) en sede de transmisión de participaciones de la sociedad de responsabilidad limitada, que determina que “la adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio”. Ello no obstante, según el art. 110.2 de la Ley de Sociedades de Capital “los estatutos podrán establecer a favor de los socios sobrevivientes, y, en su defecto, a favor de la sociedad, un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido, apreciadas en el valor razonable que tuvieron el

día del fallecimiento del socio, cuyo precio se pagara al contado. La valoración se registrará por lo dispuesto en el artículo 100 y el derecho de adquisición habrá de ejercitarse en el plazo máximo de tres meses a contar desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria”.

Según la RDGRN 18 abril 2000 (RJ 2000/5817), se denota, por tanto, que, tratándose de transmisión *mortis causa*, el principio general es el de libertad, con la posibilidad de que los estatutos establezcan en favor de los socios sobrevivientes un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido, de suerte que se respeta el fenómeno sucesorio, dejando a la autonomía de la voluntad de los socios la posibilidad de introducir restricciones estatutarias que no entorpezcan la adquisición de las participaciones por fallecimiento de un socio, ni la vida de la sociedad. Así, al establecer la Ley que la adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria atribuye al heredero o legatario la condición de socio, respeta los principios de la transmisión *mortis causa* en nuestro ordenamiento (se adquiere la participación social del causante desde el momento mismo de su fallecimiento, conforme a los arts. 657, 659, 661, 881, 882, 989 y concordantes del CC), de suerte que el derecho de adquisición que los estatutos pueden atribuir a los socios sobrevivientes –según el art. 32.2, sin que deba prejugarse ahora sobre la admisibilidad de otras posibles configuraciones estatutarias respecto del destino de tales participaciones actuara *a posteriori*, a modo de rescate mediante el pago del valor real de aquéllas.

Por su parte, en las sociedades abiertas, el art. 123 de la Ley de Sociedades de Capital considera que cualquier restricción a la libre transmisibilidad de las acciones habrá de recogerse expresamente en los Estatutos de la sociedad. Sobre este extremo, el TS ha tenido oportunidad de establecer la pauta de interpretación de las cláusulas estatutarias que limitan la libre transmisión de las acciones “constituyendo las cláusulas estatutarias que condicionan tal libertad, una derogación convencional de la regla general, por lo que tales cláusulas tendrán que ser establecidas de un modo

expreso y claro, y habrán de ser interpretadas restrictivamente" (STS 15 junio 1994 [RJ 1994/4822]). Caben, por lo tanto, pactos que limiten la transmisión de las participaciones *mortis causa*, siendo que, en tales hipótesis, las participaciones relictas quedaran delimitadas por el acuerdo estatutario previsto; lo cual no supondría vulneración del Derecho de sucesiones, siempre que respete las normas imperativas de la transmisión *mortis causa* del CC —o de los Derechos civiles propios—.

En el ámbito de las sociedades profesionales, llama poderosamente la atención el art. 15 de la Ley de Sociedades Profesionales (Ley 2/2007), según el cual los socios profesionales pueden pactar, bajo ciertos requisitos, que en caso de fallecimiento de uno de ellos sus participaciones no se transmitan *mortis causa*, extrayendo del acervo hereditario del causante las participaciones en tal sociedad (*vid.* RDGRN 24 julio 2009 [RJ 2009/5677]). En realidad, lo que excluye de la sucesión es la propia condición de socio —a diferencia de lo que ocurre en el art. 110.1 de la Ley de Sociedades de Capital— lo cual no deja de ser coherente con la propia naturaleza de este tipo de sociedad (*cf.* en sentido análogo, el art. 1704 CC)—.

4.3. CONCLUSIÓN: LA NECESARIA CORRELACIÓN ENTRE PROTOCOLO FAMILIAR Y ORDENACIÓN SUCESORIA

El recorrido por las posibilidades que el Derecho sucesorio ofrece y el análisis del contenido típico de los protocolos familiares conducen a reiterar la necesidad de establecer la correlación o coordinación entre unos y otros. De nada sirve que los miembros de la empresa familiar conciten sus voluntades en el seguimiento de una estrategia de ordenación familiar y sucesoria si después, unilateralmente, sus decisiones sobre su sucesión o familia se apartan de esa línea concertada en el protocolo.

Ya se incidió que, al margen de su eficacia *inter partes*, la eficacia de muchas de las cláusulas del protocolo —nos referimos a

las que se han analizado y que afectan a los comportamientos familiares y sucesorios— necesita de la ejecución de lo que se han venido a calificar como “negocios satélites” del protocolo familiar.

Lo que parece indudable es que la falta de coordinación entre protocolos empresariales y ordenación sucesoria y familiar de los miembros de la empresa, resta eficacia a la que se pretende obtener a través de los primeros. No debe utilizarse el protocolo familiar como un instrumento sucesorio y/o económico familiar encubierto —en ocasiones para defraudar ciertas prohibiciones al testador del ordenamiento jurídico— pero tampoco como un instrumento al margen de la reglamentación familiar. Su verdadero rol se traduce en servir de complemento de la propia sucesión, canalizando de manera dinámica las necesidades de la empresa y conectando y subsumiendo tales necesidades en los engranajes de la sucesión personal del empresario y de los demás familiares. No hay que olvidar que, especialmente cuando se trata de empresas familiares con estructura societaria, el cambio de propiedad, de titularidad que desencadena la transmisión *mortis causa* condiciona de manera muy notable su futuro, con especial trascendencia en la perspectiva gestora o de dirección; en este sentido, se ha dicho con acierto, que el testamento o cualquier otro instrumento de planificación *mortis causa* no sólo ha de tener en cuenta la forma en la que los sucesores se reparten el patrimonio del empresario sino cuál ha de ser la mejor vía para lograr un equilibrio entre los sucesores a los efectos de la gestión de la empresa. En esta amplitud de miras de la planificación sucesoria del empresario y de su entorno juega un papel decisivo el protocolo familiar.

Bibliografía

- ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2006): "Algunos instrumentos jurídicos —contractuales— para la conservación y continuidad de las empresas familiares colectivas. Su endeblez jurídica", en SANCHEZ CALERO, Francisco. J.; GARCÍA PÉREZ, Rosa: *Protección del patrimonio familiar*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- ÁLVAREZ LATA, N. (2010): "Empresa familiar y planificación sucesoria. Un acercamiento a los protocolos familiares como instrumentos de esa ordenación", en REBOLLEDO VARELA, A. (coord.): *La familia en el Derecho de sucesiones: cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, Madrid, Dykinson.
- BORRELL GARCÍA, J. (2004): "Capitulaciones matrimoniales y empresa familiar", en REYEZ LOPEZ, M. J. (coord.), *La empresa familiar: encrucijada del intereses personales y empresariales*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.
- EGEA FERNÁNDEZ, J. (2003): "Pensión compensatoria y pactos en previsión de una ruptura matrimonial", en AA. VV., *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Madrid, Ed. Thomson-Civitas.
- FERNÁNDEZ TRESGUERRES, A. (2008): *Transmisión mortis causa de la condición de socio. Un estudio en la sociedad limitada familiar*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2008): *El protocolo familiar. Empresa familiar y publicidad registral*, Madrid, Thomson-Civitas.

- GOMA LANZÓN, I. (2004): "El protocolo familiar", en AA. VV., *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: su formación, protección y transmisión*, Madrid, Thomson-Civitas.
- GRIMA FERRADA, J. (2004): "Pactos entre socios familiares", en AA. VV., *El buen gobierno de las empresas familiares*, Cizur Menor, Cuatrecasas-Thomson-Aranzadi.
- PALAZÓN GARRIDO, M. L. (2003): *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- REBOLLEDO VARELA, A. (2008): "Comentario a los arts. 214-227", en REBOLLEDO VARELA, A. (coord.), *Comentarios a la LDCC*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.
- REYES LÓPEZ, M. J. (coord.) (2004): *La empresa familiar: encrucijada del intereses personales y empresariales*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi.
- RODRÍGUEZ APARICIO, J. A. (2004): "El protocolo familiar", en VICENT CHULIA, Francisco y otros, *El buen gobierno de las empresas familiares*, Cizur Menor, Cuatrecasas-Thomson-Aranzadi.
- SÁNCHEZ ARISTI, R. (2006): "Propuestas para una reforma del CC en materia de pactos sucesorios", en *Derecho de sucesiones. Presente y futuro (XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho civil)*, Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia.

Apéndice normativo

A.1. Código civil (selección)

[...]

TITULO III. De las sucesiones Disposiciones generales

Artículo 657. Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte.

Artículo 658. La sucesión se defiere por la voluntad del hombre manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley.

La primera se llama testamentaria, y la segunda legítima.

Podrá también deferirse en una parte por voluntad del hombre, y en otra por disposición de la ley.

Artículo 659. La herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona, que no se extingan por su muerte.

Artículo 660. Llámase heredero al que sucede a título universal, y legatario al que sucede a título particular.

Artículo 661. Los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones.

[...]

Artículo 1056. Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos.

El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el

control de una sociedad de capital o grupo de éstas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados. A tal efecto, no será necesario que exista metálico suficiente en la herencia para el pago, siendo posible realizar el abono con efectivo extrahereditario y establecer por el testador o por el contador-partidor por él designado aplazamiento, siempre que éste no supere cinco años a contar desde el fallecimiento del testador; podrá ser también de aplicación cualquier otro medio de extinción de las obligaciones. Si no se hubiere establecido la forma de pago, cualquier legitimario podrá exigir su legítima en bienes de la herencia. No será de aplicación a la partición así realizada lo dispuesto en el art. 843 y en el párrafo primero del artículo 844 .

CAPITULO II.

De las capitulaciones matrimoniales

Artículo 1325. En capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo.

Artículo 1326. Las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio.

Artículo 1327. Para su validez, las capitulaciones habrán de constar en escritura pública.

Artículo 1328. Será nula cualquier estipulación contraria a las leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge.

[..]

Artículo 1333. En toda inscripción de matrimonio en el Registro Civil se hará mención, en su caso, de las capitulaciones matrimoniales que se hubieren otorgado, así como de los pactos, resoluciones judiciales y demás hechos que modifiquen el régimen económico del matrimonio. Si aquéllas o éstos afectaren a inmuebles, se tomará razón en el Registro de la Propiedad, en la forma y a los efectos previstos en la Ley Hipotecaria.

Artículo 1334. Todo lo que se estipule en capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año.

Artículo 1335. La invalidez de las capitulaciones matrimoniales se regirá por las reglas generales de los contratos. Las consecuencias de la anulación no perjudicarán a terceros de buena fe.

CAPITULO IV.

De la sociedad de gananciales

Sección 1ª. Disposiciones generales

Artículo 1344. Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla.

Artículo 1345. La sociedad de gananciales empezará en el momento de la celebración del matrimonio o, posteriormente, al tiempo de pactarse en capitulaciones.

Sección 2ª. De los bienes privativos y comunes

Artículo 1346. Son privativos de cada uno de los cónyuges:

1º Los bienes y derechos que le pertenecieran al comenzar la sociedad.

2º Los que adquiera después por título gratuito.

3º Los adquiridos a costa o en sustitución de bienes privativos.

4º Los adquiridos por derecho de retracto perteneciente a uno solo de los cónyuges.

5º Los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles intervivos.

6º El resarcimiento por daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos.

7º Las ropas y objetos de uso personal que no sean de extraordinario valor.

8º Los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común.

Los bienes mencionados en los apartados 4º y 8º no perderán su carácter de privativos por el hecho de que su adquisición se haya realizado con fondos comunes; pero, en este caso, la sociedad será acreedora del cónyuge propietario por el valor satisfecho.

Artículo 1347. Son bienes gananciales:

1º Los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges.

2º Los frutos, rentas o intereses que produzcan tanto los bienes privativos como los gananciales.

3º Los adquiridos a título oneroso a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno solo de los esposos.

4º Los adquiridos por derecho de retracto de carácter ganancial, aun cuando lo fueran con fondos privativos, en cuyo caso la sociedad será deudora del cónyuge por el valor satisfecho.

5º Las Empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Si a la

formación de la Empresa o establecimiento concurren capital privativo y capital común, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1354 .

Artículo 1348. Siempre que pertenezca privativamente a uno de los cónyuges una cantidad o crédito pagadero en cierto número de años, no serán gananciales las sumas que se cobren en los plazos vencidos durante el matrimonio, sino que se estimarán capital de uno u otro cónyuge, según a quién pertenezca el crédito.

Artículo 1349. El derecho de usufructo o de pensión, perteneciente a uno de los cónyuges, formará parte de sus bienes propios; pero los frutos, pensiones o intereses devengados durante el matrimonio serán gananciales.

Artículo 1350. Se reputarán gananciales las cabezas de ganado que al disolverse la sociedad excedan del número aportado por cada uno de los cónyuges con carácter privativo.

Artículo 1351. Las ganancias obtenidas por cualquiera de los cónyuges en el juego o las procedentes de otras causas que eximan de la restitución pertenecerán a la sociedad de gananciales.

Artículo 1352. Las nuevas acciones u otros títulos o participaciones sociales suscritos como consecuencia de la titularidad de otros privativos serán también privativos. Asimismo lo serán las cantidades obtenidas por la enajenación del derecho a suscribir.

Si para el pago de la suscripción se utilizaren fondos comunes o se emitieran las acciones con cargo a los beneficios, se reembolsará el valor satisfecho.

Artículo 1353. Los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges conjuntamente y sin especial designación de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales, siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto lo contrario.

Artículo 1354. Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán «pro indiviso» a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas.

Artículo 1355. Podrán los cónyuges, de común acuerdo atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga.

Si la adquisición se hiciere en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes.

Artículo 1356. Los bienes adquiridos por uno de los cónyuges, constante la sociedad, por precio aplazado, tendrán naturaleza ganancial si el primer desembolso tuviera tal carácter, aunque los plazos restantes se satisfagan con dinero privativo. Si el primer desembolso tuviere carácter privativo, el bien será de esta naturaleza.

Artículo 1357. Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial.

Se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el artículo 1354 .

Artículo 1358. Cuando conforme a este Código los bienes sean privativos o gananciales, con independencia de la procedencia del caudal con que la adquisición se realice, habrá de reembolsarse el valor satisfecho a costa, respectivamente, del caudal común o del propio, mediante el reintegro de su importe actualizado al tiempo de la liquidación.

Artículo 1359. Las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho.

No obstante, si la mejora hecha en bienes privativos fuese debida a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad será acreedora del aumento del valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado.

Artículo 1360. Las mismas reglas del artículo anterior se aplicarán a los incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa.

Artículo 1361. Se presumen gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges.

Sección 3ª. De las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales

Artículo 1362. Serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas:

1º El sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia.

La alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar. En caso contrario los gastos derivados de estos conceptos serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación.

2º La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes.

3º La administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges.

4º La explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge.

Artículo 1363. Serán también de cargo de la sociedad las cantidades donadas o prometidas por ambos cónyuges de común acuerdo, cuando no hubiesen pactado que hayan de satisfacerse con los bienes privativos de uno de ellos en todo o en parte.

Artículo 1364. El cónyuge que hubiera aportado bienes privativos para los gastos o pagos que sean de cargo de la sociedad tendrá derecho a ser reintegrado del valor a costa del patrimonio común.

Artículo 1365. Los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge:

1º En el ejercicio de la potestad doméstica o de la gestión o disposición de gananciales, que por ley o por capítulos le corresponda.

2º En el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes. Si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio.

Artículo 1366. Las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, serán de la responsabilidad y cargo de aquélla, salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor.

Artículo 1367. Los bienes gananciales responderán en todo caso de las obligaciones contraídas por los dos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento expreso del otro.

Artículo 1368. También responderán los bienes gananciales de las obligaciones contraídas por uno solo de los cónyuges en caso de separación de hecho para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que estén a cargo de la sociedad de gananciales.

Artículo 1369. De las deudas de un cónyuge que sean, además, deudas de la sociedad responderán también solidariamente los bienes de ésta.

Artículo 1370. Por el precio aplazado del bien ganancial adquirido por un cónyuge sin el consentimiento del otro responderá siempre el bien adquirido, sin perjuicio de la responsabilidad de otros bienes según las reglas de este Código.

Artículo 1371. Lo perdido y pagado durante el matrimonio por alguno de los cónyuges en cualquier clase de juego no disminuirá su parte respectiva de los gananciales siempre que el importe de aquella pérdida pudiere considerarse moderada con arreglo al uso y circunstancias de la familia.

Artículo 1372. De lo perdido y no pagado por alguno de los cónyuges en los juegos en que la ley concede acción para reclamar lo que se gane responden exclusivamente los bienes privativos del deudor.

Artículo 1373. Cada cónyuge responde con su patrimonio personal de las deudas propias y, si sus bienes privativos no fueran suficientes para hacerlas efectivas, el acreedor podrá pedir el embargo de bienes gananciales, que será inmediatamente notificado al otro cónyuge y éste podrá exigir que en la traba se sustituyan

los bienes comunes por la parte que ostenta el cónyuge deudor en la sociedad conyugal, en cuyo caso el embargo llevará consigo la disolución de aquélla.

Si se realizase la ejecución sobre bienes comunes se reputará que el cónyuge deudor tiene recibido a cuenta de su participación el valor de aquéllos al tiempo en que los abone con otros caudales propios o al tiempo de liquidación de la sociedad conyugal.

Artículo 1374. Tras la disolución a que se refiere el artículo anterior se aplicará el régimen de separación de bienes, salvo que, en el plazo de tres meses, el cónyuge del deudor opte en documento público por el comienzo de una nueva sociedad de gananciales.

Sección 4ª. De la administración de la sociedad de gananciales

Artículo 1375. En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges, sin perjuicio de lo que se determina en los artículos siguientes.

Artículo 1376. Cuando en la realización de actos de administración fuere necesario el consentimiento de ambos cónyuges y uno se hallare impedido para prestarlo, o se negare injustificadamente a ello, podrá el Juez suplirlo si encontrare fundada la petición.

Artículo 1377. Para realizar actos de disposición a título oneroso sobre bienes gananciales se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges.

Si uno lo negare o estuviere impedido para prestarlo, podrá el Juez, previa información sumaria, autorizar uno o varios actos dispositivos cuando lo considere de interés para la familia. Excepcionalmente acordará las limitaciones o cautelas que estime convenientes.

Artículo 1378. Serán nulos los actos a título gratuito si no concurre el consentimiento de ambos cónyuges. Sin embargo, podrá cada uno de ellos realizar con los bienes gananciales liberalidades de uso.

Artículo 1379. Cada uno de los cónyuges podrá disponer por testamento de la mitad de los bienes gananciales.

Artículo 1380. La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá todos sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento.

Artículo 1381. Los frutos y ganancias de los patrimonios privativos y las ganancias de cualquiera de los cónyuges forman parte del haber de la sociedad y están sujetos a las cargas y responsabilidades de la sociedad de gananciales. Sin embargo, cada cónyuge, como administrador de su patrimonio privativo, podrá a este solo efecto disponer de los frutos y productos de sus bienes.

Artículo 1382. Cada cónyuge podrá, sin el consentimiento del otro, pero siempre con su conocimiento, tomar como anticipo el numerario ganancial que le sea necesario, de acuerdo con los usos y circunstancias de la familia, para el ejercicio de su profesión o la administración ordinaria de sus bienes.

Artículo 1383. Deben los cónyuges informarse recíproca y periódicamente sobre la situación y rendimientos de cualquier actividad económica suya.

Artículo 1384. Serán válidos los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren.

Artículo 1385. Los derechos de crédito, cualquiera que sea su naturaleza serán ejercitados por aquel de los cónyuges a cuyo nombre aparezcan constituidos.

Cualquiera de los cónyuges podrá ejercitar la defensa de los bienes y derechos comunes, por vía de acción o de excepción.

Artículo 1386. Para realizar gastos urgentes de carácter necesario, aun cuando sean extraordinarios, bastará el consentimiento de uno solo de los cónyuges.

Artículo 1387. La administración y disposición de los bienes de la sociedad de gananciales se transferirá por ministerio de la ley al cónyuge que sea tutor o representante legal de su consorte.

Artículo 1388. Los Tribunales podrán conferir la administración a uno solo de los cónyuges cuando el otro se encontrare en imposibilidad de prestar consentimiento o hubiere abandonado la familia o existiere separación de hecho.

Artículo 1389. El cónyuge en quien recaiga la administración en virtud de lo dispuesto en los dos artículos anteriores tendrá para ello plenas facultades, salvo que el Juez, cuando lo considere de interés para la familia, y previa información sumaria, establezca cautelas o limitaciones.

En todo caso para realizar actos de disposición sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente, necesitará autorización judicial.

Artículo 1390. Si como consecuencia de un acto de administración o de disposición llevado a cabo por uno solo de los cónyuges hubiere éste obtenido un beneficio o lucro exclusivo para él u ocasionado dolosamente un daño a la sociedad, será deudor a la misma por su importe, aunque el otro cónyuge no impugne cuando proceda la eficacia del acto.

Artículo 1391. Cuando el cónyuge hubiere realizado un acto en fraude de los derechos de su consorte será, en todo caso, de aplicación lo dispuesto en el artículo anterior y, además, si el adquirente hubiere procedido de mala fe, el acto será rescindible.

Sección 5ª. De la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales
[...]

Artículo 1396. Disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y pasivo de la sociedad.

Artículo 1397. Habrán de comprenderse en el activo:

1º Los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución.

2º El importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser enajenados por negocio ilegal o fraudulento si no hubieran sido recuperados.

3º El importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran de cargo sólo de un cónyuge y en general las que constituyen créditos de la sociedad contra éste.

Artículo 1398. El pasivo de la sociedad estará integrado por las siguientes partidas:

1º Las deudas pendientes a cargo de la sociedad.

2º El importe actualizado del valor de los bienes privativos cuando su restitución deba hacerse en metálico por haber sido gastados en interés de la sociedad.

Igual regla se aplicará a los deterioros producidos en dichos bienes por su uso en beneficio de la sociedad.

3º El importe actualizado de las cantidades que, habiendo sido pagadas por uno solo de los cónyuges, fueran de cargo de la sociedad y en general, las que constituyan créditos de los cónyuges contra la sociedad.

Artículo 1399. Terminado el inventario se pagarán en primer lugar las deudas de la sociedad, comenzando por las alimenticias que, en cualquier caso, tendrán preferencia.

Respecto de las demás, si el caudal inventariado no alcanzase para ello, se observará lo dispuesto para la concurrencia y prelación de créditos.

Artículo 1400. Cuando no hubiera metálico suficiente por el pago de las deudas podrán ofrecerse con tal fin adjudicaciones de bienes gananciales, pero si cualquier partícipe o acreedor lo pide se procederá a enajenarlos y pagar con su importe.

Artículo 1401. Mientras no se hayan pagado por entero las deudas de la sociedad, los acreedores conservarán sus créditos contra el cónyuge deudor. El cónyuge no deudor responderá con los bienes que le hayan sido adjudicados, si se hubiere formulado debidamente inventario judicial o extrajudicial.

Si como consecuencia de ello resultare haber pagado uno de los cónyuges mayor cantidad de la que le fuere imputable, podrá repetir contra el otro.

Artículo 1402. Los acreedores de la sociedad de gananciales tendrán en su liquidación los mismos derechos que le reconocen las Leyes en la partición y liquidación de las herencias.

Artículo 1403. Pagadas las deudas y cargas de la sociedad se abonarán las indemnizaciones y reintegros debidos a cada cónyuge hasta donde alcance el caudal inventariado, haciendo las compensaciones que correspondan cuando el cónyuge sea deudor de la sociedad.

Artículo 1404. Hechas las deducciones en el caudal inventariado que prefijan los artículos anteriores, el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales, que se dividirá por mitad entre los cónyuges o sus respectivos herederos.

Artículo 1405. Si uno de los cónyuges resultare en el momento de la liquidación acreedor personal del otro, podrá exigir que se le satisfaga su crédito adjudicándole bienes comunes, salvo que el deudor pague voluntariamente.

Artículo 1406. Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance:

1º Los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1346.

2º La explotación económica que gestione efectivamente.

3º El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión.

4º En caso de muerte de otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual.

Artículo 1407. En los casos de los números 3 y 4 del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al de haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero.

Artículo 1408. De la masa común de bienes se darán alimentos a los cónyuges o, en su caso, al sobreviviente y a los hijos mientras se haga la liquidación del caudal inventariado y hasta que se les entregue su haber; pero se les rebajarán de éste en la parte que excedan de los que les hubiese correspondido en razón de frutos y rentas.

Artículo 1409. Siempre que haya de ejecutarse simultáneamente la liquidación de gananciales de dos o más matrimonios contraídos por una misma persona para determinar el capital de cada sociedad se admitirá toda clase de pruebas en defecto de inventarios. En caso de duda se atribuirán los gananciales a las diferentes sociedades proporcionalmente, atendiendo al tiempo de su duración y a los bienes e ingresos de los respectivos cónyuges.

Artículo 1410. En todo lo no previsto en este Capítulo sobre formación de inventario, reglas sobre tasación y ventas de bienes, división del caudal, adjudicaciones a los partícipes y demás que no se halle expresamente determinado, se observará lo establecido para la partición y liquidación de la herencia.

CAPITULO V. Del régimen de participación

Artículo 1411. En el régimen de participación cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente.

Artículo 1412. A cada cónyuge le corresponde la administración, el disfrute y la libre disposición tanto de los bienes que le pertenecían en el momento de contraer matrimonio como de los que pueda adquirir después por cualquier título.

Artículo 1413. En todo lo no previsto en este capítulo se aplicarán, durante la vigencia del régimen de participación, las normas relativas al de separación de bienes.

Artículo 1414. Si los casados en régimen de participación adquirieran conjuntamente algún bien o derecho, les pertenece en proindiviso ordinario.

Artículo 1415. El régimen de participación se extingue en los casos prevenidos para la sociedad de gananciales, aplicándose lo dispuesto en los artículos 1394 y 1395.

Artículo 1416. Podrá pedir un cónyuge la terminación del régimen de participación cuando la irregular administración del otro comprometa gravemente sus intereses.

Artículo 1417. Producida la extinción se determinarán las ganancias por las diferencias entre los patrimonios inicial y final de cada cónyuge.

Artículo 1418. Se estimará constituido el patrimonio inicial de cada cónyuge:

1º Por los bienes y derechos que le pertenecieran al empezar el régimen.

2º Por los adquiridos después a título de herencia, donación o legado.

Artículo 1419. Se deducirán las obligaciones del cónyuge al empezar el régimen y, en su caso, las sucesorias o las cargas inherentes a la donación o legado, en cuanto no excedan de los bienes heredados o donados.

Artículo 1420. Si el pasivo fuese superior al activo no habrá patrimonio inicial.

Artículo 1421. Los bienes constitutivos del patrimonio inicial se estimarán según el estado y valor que tuvieran al empezar el régimen o, en su caso, al tiempo en que fueron adquiridos.

El importe de la estimación deberá actualizarse el día en que el régimen haya cesado.

Artículo 1422. El patrimonio final de cada cónyuge estará formado por los bienes y derechos de que sea titular en el momento de la terminación del régimen, con deducción de las obligaciones todavía no satisfechas.

Artículo 1423. Se incluirá en el patrimonio final el valor de los bienes de que uno de los cónyuges hubiese dispuesto a título gratuito sin el consentimiento de su consorte, salvo si se tratase de liberalidades de uso.

Artículo 1424. La misma regla se aplicará respecto de los actos realizados por uno de los cónyuges en fraude de los derechos del otro.

Artículo 1425. Los bienes constitutivos del patrimonio final se estimarán según el estado y valor que tuvieran en el momento de la terminación del régimen y los enajenados gratuita o fraudulentamente, conforme al estado que tenían el día de la enajenación y por el valor que hubieran tenido si se hubiesen conservado hasta el día de la terminación.

Artículo 1426. Los créditos que uno de los cónyuges tenga frente al otro, por cualquier título, incluso por haber atendido o cumplido obligaciones de aquél, se

computarán también en el patrimonio final del cónyuge acreedor y se deducirán del patrimonio del cónyuge deudor.

Artículo 1427. Cuando la diferencia entre los patrimonios final e inicial de uno y otro cónyuge arroje resultado positivo, el cónyuge cuyo patrimonio haya experimentado menor incremento percibirá la mitad de la diferencia entre su propio incremento y el del otro cónyuge.

Artículo 1428. Cuando únicamente uno de los patrimonios arroje resultado positivo, el derecho de la participación consistirá, para el cónyuge no titular de dicho patrimonio, en la mitad de aquel incremento.

Artículo 1429. Al constituirse el régimen podrá pactarse una participación distinta de la que establecen los dos artículos anteriores, pero deberá regir por igual y en la misma proporción respecto de ambos patrimonios y en favor de ambos cónyuges.

Artículo 1430. No podrá convenirse una participación que no sea por mitad si existen descendientes no comunes.

Artículo 1431. El crédito de participación deberá ser satisfecho en dinero. Si mediaren dificultades graves para el pago inmediato, el Juez podrá conceder aplazamiento, siempre que no exceda de tres años y que la deuda y sus intereses legales queden suficientemente garantizados.

Artículo 1432. El crédito de participación podrá pagarse mediante la adjudicación de bienes concretos, por acuerdo de los interesados o si lo concediese el Juez a petición fundada del deudor.

Artículo 1433. Si no hubiese bienes en el patrimonio deudor para hacer efectivo el derecho de participación en ganancias, el cónyuge acreedor podrá impugnar las enajenaciones que hubieren sido hechas a título gratuito sin su consentimiento y aquellas que hubieren sido realizadas en fraude de sus derechos.

Artículo 1434. Las acciones de impugnación a que se refiere el artículo anterior caducarán a los dos años de extinguido el régimen de participación y no se darán contra los adquirentes a título oneroso y de buena fe.

CAPITULO VI.

Del régimen de separación de bienes

Artículo 1435. Existirá entre los cónyuges separación de bienes:

1º Cuando así lo hubiesen convenido.

2º Cuando los cónyuges hubieren pactado en capitulaciones matrimoniales que no regirá entre ellos la sociedad de gananciales, sin expresar las reglas por que hayan de regirse sus bienes.

3º Cuando se extinga, constante matrimonio, la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto.

Artículo 1436. La demanda de separación de bienes y la sentencia firme en que se declare se deberán anotar e inscribir, respectivamente, en el Registro de la Propiedad que corresponda, si recayere sobre bienes inmuebles. La sentencia firme se anotará también en el Registro Civil.

Artículo 1437. En el régimen de separación pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo y los que después adquiriera por cualquier título. Asimismo corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes.

Artículo 1438. Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación.

Artículo 1439. Si uno de los cónyuges hubiese administrado o gestionado bienes o intereses del otro, tendrá las mismas obligaciones y responsabilidades que un mandatario, pero no tendrá obligación de rendir cuentas de los frutos percibidos y consumidos, salvo cuando se demuestre que los invirtió en atenciones distintas del levantamiento de las cargas del matrimonio.

Artículo 1440. Las obligaciones contraídas por cada cónyuge serán de su exclusiva responsabilidad.

En cuanto a las obligaciones contraídas en el ejercicio de la potestad doméstica ordinaria responderán ambos cónyuges en la forma determinada por los artículos 1319 y 1438 de este Código.

Artículo 1441. Cuando no sea posible acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá a ambos por mitad.

Artículo 1442. Declarado un cónyuge en quiebra o concurso, se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de los acreedores, que fueron en su mitad donados por él los bienes adquiridos a título oneroso por el otro durante el año anterior a la declaración o en el período a que alcance la retroacción de la quiebra. Esta presunción no regirá si los cónyuges están separados judicialmente o de hecho.

Artículo 1443. La separación de bienes decretada no se alterará por la reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal o por la desaparición de cualquiera de las demás causas que la hubiesen motivado.

Artículo 1444. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, los cónyuges pueden acordar en capitulaciones que vuelvan a regir las mismas reglas que antes de la separación de bienes.

Harán constar en las capitulaciones los bienes que cada uno aporte de nuevo y se considerarán éstos privativos, aunque, en todo o en parte, hubieren tenido carácter ganancial antes de la liquidación practicada por causa de la separación.

**A.2. Ley 2/2006, de de junio, de Derecho civil de Galicia
(selección)**

TÍTULO IX.

Del régimen económico familiar

CAPÍTULO I.

Disposiciones generales

Artículo 171.

El régimen económico matrimonial será el convenido por los cónyuges en capitulaciones matrimoniales. En defecto de convenio o ineficacia del mismo, el régimen será la sociedad de gananciales.

Artículo 172.

Los cónyuges podrán pactar en capitulaciones matrimoniales la liquidación total o parcial de la sociedad y las bases para realizarla, con plena eficacia al disolverse la sociedad conyugal.

CAPÍTULO II.

De las capitulaciones matrimoniales

Artículo 173.

Las capitulaciones podrán otorgarse antes o durante el matrimonio y habrán de formalizarse necesariamente en escritura pública.

Artículo 174.

Las capitulaciones podrán contener cualquier estipulación relativa al régimen económico familiar y sucesorio, sin más limitaciones que las contenidas en la ley.

[..]

TÍTULO X.

De la sucesión por causa de muerte

CAPÍTULO I.

Disposiciones generales

Artículo 181.

La sucesión se defiere, en todo o en parte, por:

1º) Testamento.

2º) Cualquiera de los pactos sucesorios admisibles conforme al derecho.

3º) Disposición de la ley.

Artículo 182.

En las sucesiones regidas por la presente Ley no habrá lugar a reversión legal ni a obligación de reservar.

[..]

SECCIÓN 2ª. Del testamento mancomunado

Artículo 187.

1. Es mancomunado el testamento cuando se otorga por dos o más personas en un único instrumento notarial.

2. Los otorgantes que fueran esposos podrán, además, establecer en el testamento mancomunado disposiciones correspectivas.

Son correspectivas las disposiciones de contenido patrimonial cuya eficacia estuviera recíprocamente condicionada por voluntad expresa de los otorgantes.

La correspectividad no se presume.

Artículo 188.

Los gallegos podrán otorgar testamento mancomunado en Galicia o fuera de ella.

Artículo 189.

El testamento mancomunado habrá de otorgarse en forma abierta notarial.

Artículo 190.

El testamento mancomunado podrá ser revocado conjuntamente por los otorgantes. Asimismo, en todo momento podrá ser revocado unilateralmente por cualquiera de ellos en lo concerniente a sus disposiciones no correspectivas.

Artículo 191.

1. La revocación o modificación unilateral de las disposiciones correspectivas sólo podrá hacerse en vida de los cónyuges y producirá la ineficacia de todas las recíprocamente condicionadas.

2. Fallecido uno de los cónyuges o vuelto incapaz para testar, las disposiciones correspectivas se convierten en irrevocables. Excepcionalmente, el sobreviviente podrá revocar las otorgadas a favor de persona que fuera declarada incapaz para suceder al otro cónyuge, o que estuviera incurso en causa de incapacidad para sucederlo, o que hubiera premuerto.

[..]

Artículo 193.

El testamento mancomunado no limita la libertad dispositiva de ninguno de los otorgantes. Cualquiera de ellos podrá disponer, «inter vivos» o «mortis causa», de todo o parte de sus bienes.

[..]

CAPÍTULO III.
De los pactos sucesorios

SECCIÓN 1ª. Disposiciones generales

Artículo 209.

Sin perjuicio de los que fueran admisibles conforme al derecho, de acuerdo con la presente Ley son pactos sucesorios:

1º) Los de mejora.

2º) Los de apartación.

Artículo 210.

Sólo pueden otorgar pactos sucesorios las personas mayores de edad con plena capacidad de obrar.

Artículo 211.

Los pactos sucesorios habrán de ser otorgados en escritura pública. En otro caso el pacto no producirá efecto alguno.

Artículo 212.

Será admisible el otorgamiento de los pactos sucesorios por poder que, teniendo carácter especial, contenga los elementos esenciales del negocio sucesorio.

Artículo 213.

Las estipulaciones contenidas en los pactos de mejora que hagan referencia explícita a instituciones consuetudinarias gallegas, como la casa, el casamiento para casa, la mejora de labrar y poseer, la compañía familiar o cualquier otra, habrán de ser interpretadas conforme a los usos y costumbres locales.

SECCIÓN 2ª. De los pactos de mejora

Artículo 214.

Son pactos de mejora aquéllos por los cuales se conviene a favor de los descendientes la sucesión en bienes concretos.

Artículo 215.

Los pactos sucesorios podrán suponer la entrega o no de presente de los bienes a quienes les afecten, determinando en el primer caso la adquisición de la propiedad por parte del mejorado.

Artículo 216.

En el pacto sucesorio podrán contemplarse los supuestos en que quedará sin efecto y determinarse el ámbito residual de las facultades dispositivas de los adjudicantes, por actos «inter vivos», a título oneroso o gratuito.

[..]

SECCIÓN 3ª. De la mejora de labrar y poseer

Artículo 219.

El ascendiente que quiera conservar indiviso un lugar acasado, aunque 1. las suertes de tierras estén separadas, o una explotación agrícola, industrial, comercial o fabril podrá pactar con cualquiera de sus descendientes su adjudicación íntegra.

Si en el pacto no se dispusiera otra cosa, la adjudicación supondrá la 2. institución de heredero en favor del así mejorado.

Artículo 220.

En los casos a que se refiere el artículo anterior, la casa patrucial y su era, corrales y huertos, tratándose de lugar acasado, y la explotación agrícola, comercial o fabril se reputarán indivisibles a efectos de la partición.

Artículo 221.

El adjudicatario podrá compensar en metálico a los demás interesados en la 1. partición.

El pago en metálico podrá hacerse por plazos, dentro de los cinco años 2. siguientes a la apertura de la sucesión, siempre que el adjudicatario garantice el cumplimiento. La cantidad aplazada producirá el interés legal del dinero.

Artículo 222.

Además de por las causas comunes a los pactos de mejora, el derecho de labrar y poseer quedará sin efecto si durante dos años consecutivos el mejorado abandonara en vida del adjudicante, totalmente y sin justa causa, la explotación de los bienes que la componen.

Artículo 223.

Cuando la mejora no se realice con entrega de bienes, en caso de premoriencia del mejorado, si los descendientes de éste son varios y el favorecido no designa sucesor en la mejora, el mejorante podrá elegir a uno de ellos como mejorado en escritura pública o testamento.

SECCIÓN 4ª. De la apartación

Artículo 224.

Por la apartación quien tenga la condición de legitimario si se abriera la sucesión en el momento en que se formaliza el pacto queda excluido de modo irrevocable, por sí y su linaje, de la condición de heredero forzoso en la herencia del apartante, a cambio de los bienes concretos que le sean adjudicados.

Artículo 225.

El apartante podrá adjudicar al apartado cualquier bien o derechos en pago de la apartación, independientemente del valor de la misma.

Artículo 226.

Podrá válidamente pactarse que el legitimario quede excluido no sólo de la condición de heredero forzoso, sino también del llamamiento intestado.

Artículo 227.

Salvo dispensa expresa del apartante, lo dado en apartación habrá de traerse a colación si el apartado o sus descendientes concurrieran en la sucesión con otros legitimarios.

CAPÍTULO IV. Del usufructo del cónyuge viudo

Artículo 228.

Los cónyuges podrán pactar en escritura pública o disponer en testamento la atribución unilateral o recíproca del usufructo sobre la totalidad o parte de la herencia.

[..]

CAPÍTULO V. De las legítimas

SECCIÓN 1ª. Disposiciones generales

Artículo 238.

Son legitimarios:

1º) Los hijos y descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos.

2º) El cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho.

[..]

SECCIÓN 2ª. De la legítima de los descendientes

Artículo 243.

Constituye la legítima de los descendientes la cuarta parte del valor del haber hereditario líquido que, determinado conforme a las reglas de esta sección, se dividirá entre los hijos o sus linajes.

[..]

Artículo 249.

1. El legitimario no tiene acción real para reclamar su legítima y será considerado, a todos los efectos, como un acreedor.

2. El legitimario podrá exigir que el heredero, el comisario o contador-partidor o el testamento facultado para el pago de la legítima formalice inventario, con valoración de los bienes, y lo protocolice ante notario.

3. Podrá el legitimario solicitar también anotación preventiva de su derecho en el registro de la propiedad sobre los bienes inmuebles de la herencia.

Artículo 250.

El heredero deberá pagar las legítimas o su complemento en el plazo de un año desde que el legitimario la reclame. Transcurrido este plazo la legítima producirá el interés legal del dinero. Si el legitimario no estuviera conforme con la liquidación de la legítima y rechazara el pago, el heredero o persona facultada para entregarla podrá proceder a la consignación judicial.

[..]

SECCIÓN 3ª. De la legítima del cónyuge viudo

Artículo 253.

Si concurriera con descendientes del causante, al cónyuge viudo le corresponde en concepto de legítima el usufructo vitalicio de una cuarta parte del haber hereditario fijado conforme a las reglas del art. 245.

Artículo 254.

Si no concurriera con descendientes, el cónyuge viudo tendrá derecho al usufructo vitalicio de la mitad del capital.

Artículo 255.

El causante podrá satisfacer la legítima del cónyuge viudo atribuyéndole por cualquier título, en usufructo o propiedad, bienes determinados de cualquier naturaleza, un capital en dinero, una renta o una pensión.

[...]

Disposiciones adicionales

Tercera.

1. A los efectos de la aplicación de la presente Ley, se equiparan al matrimonio las relaciones maritales mantenidas con intención o vocación de permanencia, con lo que se extienden a los miembros de la pareja los derechos y las obligaciones que la presente Ley reconoce a los cónyuges.

2. Tendrán la condición de parejas de hecho las uniones de dos personas mayores de edad, capaces, que convivan con la intención o vocación de permanencia en una relación de afectividad análoga a la conyugal y que la inscriban en el Registro de Parejas de Hecho de Galicia, expresando su voluntad de equiparar sus efectos a los del matrimonio.

No pueden constituir parejas de hecho:

- a) Los familiares en línea recta por consanguinidad o adopción.
- b) Los colaterales por consanguinidad o adopción hasta el tercer grado.
- c) Los que estén ligados por matrimonio o formen pareja de hecho debidamente formalizada con otra persona.

3. Los miembros de la unión de hecho podrán establecer válidamente en escritura pública los pactos que estimen convenientes para regir sus relaciones económicas durante la convivencia y para liquidarlas tras su extinción, siempre que no sean contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponden a cada conviviente o gravemente perjudiciales para cada uno de los mismos.

Serán nulos los pactos que contravengan la anterior prohibición.

A.3. Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, que regula la publicidad de los protocolos familiares

Artículo 1. Objeto

El presente Real Decreto tiene por objeto la regulación de la publicidad de los protocolos familiares de las sociedades mercantiles no admitidas a cotización y especialmente el acceso al registro mercantil de los mismos.

Artículo 2. Definición de protocolo familiar y su publicidad

1. A los efectos de este Real Decreto se entiende por protocolo familiar aquel conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceros con los que guardan vínculos familiares que afectan una sociedad no cotizada, en la

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

2. La sociedad sólo podrá publicar un único protocolo, suscrito por sus socios, si bien el mismo puede ser objeto de diversas formas de publicidad. En el supuesto de que el protocolo familiar afecte a varias sociedades, cada una de ellas podrá publicarlo en la parte que le concierna. Publicada la existencia de un protocolo no podrá reflejarse en el Registro Mercantil la constancia de otro diferente si no se expresare en la solicitud que el que pretende su acceso al registro, es una modificación o sustitución del publicado.

3. La publicidad del protocolo tiene siempre carácter voluntario para la sociedad.

Artículo 3. Requisitos de la publicidad de los protocolos familiares

1. El órgano de administración será el responsable de la publicación o no del mismo en atención al interés social.

2. La publicación del protocolo, en la web de la sociedad o en el Registro Mercantil, se ajustará en todo caso, a la normativa que sobre protección de datos personales establece la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y legislación complementaria.

A tal efecto, el órgano de administración deberá contar con el consentimiento expreso de los afectados cuyos datos sean incluidos en el protocolo.

3. Publicada en cualquier forma prevista en este artículo la existencia de un protocolo familiar éste deberá ser actualizado. A falta de esta actualización se presume la vigencia del protocolo familiar.

Artículo 4. Publicidad de los protocolos familiares en el sitio web de la sociedad

El órgano de administración de las sociedades mercantiles de personas o de capital no cotizadas, podrá acordar la publicación del protocolo familiar en el sitio web de la sociedad cuyo dominio o dirección de internet conste en el Registro mercantil, conforme a lo previsto en el art. 9 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico.

Artículo 5. Constancia registral de los protocolos

1. El órgano de administración también podrá solicitar del Registrador mercantil, mediante instancia con firma legitimada notarialmente, la constancia en la hoja abierta a la sociedad de la existencia del protocolo familiar con reseña identificativa del mismo en el cual se hará constar si el protocolo es accesible en el sitio corporativo o web de la sociedad que conste en la hoja registral.

2. Si el protocolo familiar se hubiere formalizado en documento público notarial se indicará en la inscripción el Notario autorizante, lugar, fecha y número del protocolo notarial del mismo. En ningún caso podrá ser exigida por el Registrador la presentación del mismo ni será objeto de calificación su contenido, sin perjuicio de que el Registrador deberá comprobar que es accesible

en el sitio a que se refiere el apartado anterior y que no existe otro protocolo anterior, salvo que sea modificación o sustitución de éste y así lo haga constar el órgano de administración.

Artículo 6. Protocolo familiar en la presentación de las cuentas anuales

El órgano de administración, con ocasión de la presentación de las cuentas anuales podrá incluir entre la documentación correspondiente, copia o testimonio total o parcial del documento público en que conste el protocolo de la sociedad en cuanto documento que puede afectar al buen gobierno de la sociedad familiar, el cual será objeto de depósito junto con las cuentas anuales y de calificación por el Registrador.

Artículo 7. Inscripción registral de cláusulas de escrituras públicas en ejecución del protocolo familiar

Cuando los acuerdos sociales inscribibles se hayan adoptado en ejecución de un protocolo familiar publicado, en la inscripción se deberá hacer mención expresa de esta circunstancia, previa su calificación por el Registrador, y así lo hará constar también la denominación de la escritura pública.

A.4. RDLeg 1/2010, de 2 de julio, que aprueba la Ley de Sociedades de Capital (selección)

[...]

Artículo 110. Régimen de la transmisión «mortis causa»

1. La adquisición de alguna participación social por sucesión hereditaria confiere al heredero o legatario la condición de socio.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, los estatutos podrán establecer a favor de los socios sobrevivientes, y, en su defecto, a favor de la sociedad, un derecho de adquisición de las participaciones del socio fallecido, apreciadas en el valor razonable que tuvieren el día del fallecimiento del socio, cuyo precio se pagará al contado. La valoración se regirá por lo dispuesto en esta Ley para los casos de separación de socios y el derecho de adquisición habrá de ejercitarse en el plazo máximo de tres meses a contar desde la comunicación a la sociedad de la adquisición hereditaria.

[...]

Artículo 123. Restricciones a la libre transmisibilidad

1. Solo serán válidas frente a la sociedad las restricciones o condicionamientos a la libre transmisibilidad de las acciones cuando recaigan sobre acciones nominativas y estén expresamente impuestas por los estatutos.

Cuando las limitaciones se establezcan a través de modificación estatutaria, los accionistas afectados que no hayan votado a favor de tal acuerdo, no quedarán sometidos a él durante un plazo de tres meses a contar desde la publicación del acuerdo en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil».

2. Serán nulas las cláusulas estatutarias que hagan prácticamente intransmisible la acción.

3. La transmisibilidad de las acciones solo podrá condicionarse a la previa autorización de la sociedad cuando los estatutos mencionen las causas que permitan denegarla.

Salvo prescripción contraria de los estatutos, la autorización será concedida o denegada por los administradores de la sociedad.

En cualquier caso, transcurrido el plazo de dos meses desde que se presentó la solicitud de autorización sin que la sociedad haya contestado a la misma, se considerará que la autorización ha sido concedida.

Artículo 124. Transmisiones «mortis causa»

1. Las restricciones estatutarias a la transmisibilidad de las acciones sólo serán aplicables a las adquisiciones por causa de muerte cuando así lo establezcan expresamente los propios estatutos.

2. En este supuesto, para rechazar la inscripción de la transmisión en el libro registro de acciones nominativas, la sociedad deberá presentar al heredero un adquirente de las acciones u ofrecerse a adquirirlas ella misma por su valor razonable en el momento en que se solicitó la inscripción, de acuerdo con lo previsto para la adquisición derivativa de acciones propias en el artículo 146.

Se entenderá como valor razonable el que determine un auditor de cuentas, distinto al auditor de la sociedad, que, a solicitud de cualquier interesado, nombren a tal efecto los administradores de la sociedad.

[...]

TÍTULO XII.

Sociedad nueva empresa

CAPÍTULO I.

Disposiciones generales

Artículo 434. Régimen jurídico

La sociedad nueva empresa se regula en este título como especialidad de la sociedad de responsabilidad limitada.

Artículo 435. Denominación social

1. La denominación de la sociedad nueva empresa estará formada por los dos apellidos y el nombre de uno de los socios fundadores seguidos de un código alfanumérico que permita la identificación de la sociedad de manera única e inequívoca.

El procedimiento de asignación del código se regulará por orden del Ministro de Economía y Hacienda.

2. En la denominación de la compañía deberá figurar necesariamente la indicación «Sociedad Limitada nueva empresa» o su abreviatura «SLNE».

3. La denominación social se incorporará inmediatamente a una subsección especial de la Sección de Denominaciones del Registro Mercantil Central, quedando constancia de ello en la correspondiente certificación que se expida. Las certificaciones acreditativas de la denominación de la sociedad nueva empresa podrán pedirse, indistintamente, por un socio o por un tercero en su nombre. El beneficiario o interesado a cuyo favor se expida la certificación coincidirá necesariamente con el socio fundador que figura en la expresada denominación.

Artículo 436. Objeto social

1. La sociedad nueva empresa tendrá como objeto social todas o alguna de las siguientes actividades, que se transcribirán literalmente en los estatutos: agrícola, ganadera, forestal, pesquera, industrial, de construcción, comercial, turística, de transportes, de comunicaciones, de intermediación, de profesionales o de servicios en general.

2. Además, los socios fundadores podrán incluir en el objeto social cualquier actividad singular distinta de las anteriores. Si la inclusión de dicha actividad singular diera lugar a una calificación negativa del registrador mercantil de la escritura de constitución de la sociedad, no se paralizará su inscripción, que se practicará, sin la actividad singular en cuestión, siempre que los socios fundadores lo consientan expresamente en la propia escritura de constitución o con posterioridad.

3. En ningún caso podrán incluirse en el objeto social aquellas actividades para las cuales se exija forma de sociedad anónima ni aquellas cuyo ejercicio implique objeto único y exclusivo.

Artículo 437. Requisitos subjetivos

1. Sólo podrán ser socios de la sociedad nueva empresa las personas físicas.

2. Al tiempo de la constitución, los socios no podrán superar el número de cinco.

Artículo 438. Unipersonalidad

1. No podrán constituir ni adquirir la condición de socio único de una sociedad nueva empresa quienes ya ostenten la condición de socios únicos de otra sociedad nueva empresa.

A tal efecto, en la escritura de constitución de la sociedad nueva empresa unipersonal o en la escritura de adquisición de tal carácter se hará constar por el socio único que no ostenta la misma condición en otra sociedad nueva empresa.

2. La declaración de unipersonalidad de la sociedad nueva empresa podrá hacerse en la misma escritura de la que resulte dicha situación.

CAPÍTULO II. Requisitos constitutivos

Artículo 439. Tramitación de la constitución de la sociedad

1. Los trámites necesarios para el otorgamiento e inscripción de la escritura de constitución de la sociedad nueva empresa podrán realizarse a través de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas.

2. Las remisiones y notificaciones que realicen los notarios y los registradores mercantiles estarán amparadas con firma electrónica avanzada.

Artículo 440. Escritura de constitución

1. La remisión telemática al Registro Mercantil de la copia autorizada de la escritura de constitución de la sociedad sólo podrá realizarse por el notario, de conformidad con lo establecido en la legislación sobre la incorporación de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas a la seguridad jurídica preventiva, así como en su caso a otros registros o Administraciones públicas, cuando ello sea necesario.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los socios fundadores podrán, con carácter previo al otorgamiento de la escritura de constitución, eximir al notario de las obligaciones que se establecen en el presente artículo y designar un representante para la realización de los trámites conducentes a la constitución de la sociedad conforme a las reglas generales o expresar su voluntad de hacerlo por sí mismos. En este supuesto, el notario deberá expedir la primera copia autorizada en soporte papel en un plazo no superior a veinticuatro horas desde la autorización de la escritura de constitución de la sociedad.

2. El notario que vaya a autorizar la escritura de constitución de la sociedad comprobará, de conformidad con la legislación registral, que no existe ninguna denominación social anterior idéntica a la de la sociedad que se pretende constituir. Una vez efectuada la comprobación anterior, procederá de manera inmediata a su otorgamiento.

3. Una vez autorizada la escritura, el notario la remitirá de manera inmediata, junto con el documento único electrónico, a las Administraciones tributarias competentes para la obtención del número de identificación fiscal de la sociedad, presentará, en su caso y de conformidad con lo dispuesto por la legislación tributaria, la autoliquidación del impuesto que grave el acto y remitirá la copia autorizada para su inscripción en el Registro Mercantil.

Artículo 441. Inscripción de la sociedad

1. Cualquiera que sea la forma de tramitación, y siempre que se utilicen los estatutos sociales orientativos oficiales, el registrador mercantil deberá calificar e inscribir, en su caso, la escritura de constitución en el plazo máximo de veinticuatro horas, a contar desde el momento del asiento de presentación o, si tuviere defectos subsanables, desde el momento de presentación de los documentos de subsanación. La inscripción se practicará en una sección especial creada a tal efecto.

2. En el caso de que el registrador mercantil califique negativamente el título presentado, lo hará saber al notario autorizante de la escritura de constitución y, en su caso, al representante que, a tal efecto, los socios fundadores hubieren designado en ella, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación. Asimismo, lo notificará a las Administraciones tributarias competentes.

Si la naturaleza de la falta apreciada permitiere su subsanación de oficio por el notario y éste estuviere de acuerdo con la calificación, procederá a su subsanación en el plazo máximo de veinticuatro horas, a contar desde el momento de la notificación de la calificación del registrador mercantil, dando cuenta de la subsanación a los socios fundadores o a sus representantes.

Artículo 442. Formalidades posteriores a la inscripción de la sociedad

1. Inmediatamente después de practicar la inscripción, el registrador mercantil notificará al notario autorizante los datos registrales para su constatación en la escritura matriz y en las copias que expida, y le remitirá la parte correspondiente del documento único electrónico a la que habrá incorporado los datos registrales de la sociedad.

El notario deberá expedir la copia autorizada en soporte papel de la escritura de constitución de la sociedad en un plazo no superior a veinticuatro horas, a contar desde la notificación de los datos registrales por el registrador mercantil. En ella deberá dejar constancia del número de identificación fiscal de la sociedad y de la remisión de la copia de la escritura de constitución y del documento único electrónico a las Administraciones tributarias competentes, para que éstas procedan a enviar el número de identificación fiscal definitivo de la sociedad a los socios fundadores. Del mismo modo, a petición de los socios fundadores, procederá a la remisión de los documentos necesarios para el cumplimiento de las obligaciones social en materia de seguridad social.

2. Inscrita la sociedad, el registrador mercantil transmitirá al Registro Mercantil Central los datos concernientes a los actos sociales de la sociedad en la forma y plazos reglamentariamente establecidos. Asimismo, y a petición de los socios fundadores o de sus representantes, realizará las demás comunicaciones que le sean requeridas.

CAPÍTULO III.

Capital social y participaciones sociales

Artículo 443. Capital social

1. El capital social de la sociedad nueva empresa no podrá ser inferior a tres mil doce euros ni superior a ciento veinte mil doscientos dos euros.

2. El capital social sólo podrá ser desembolsado mediante aportaciones dinerarias.

Artículo 444. Requisitos subjetivos en la transmisión de las participaciones sociales

1. Como consecuencia de la transmisión de participaciones sociales, podrá superarse el número de cinco socios.

2. La transmisión voluntaria por actos *inter vivos* de participaciones sociales sólo podrá hacerse a favor de personas físicas.

Si fueran adquiridas participaciones sociales por personas jurídicas, deberán ser enajenadas a favor de personas físicas en el plazo de tres meses, contados

desde la adquisición. En caso contrario, la sociedad nueva empresa quedará sometida a la normativa general de la sociedad de responsabilidad limitada, sin perjuicio de la responsabilidad de los administradores de no adoptarse el correspondiente acuerdo de adaptación de los estatutos sociales.

Artículo 445. Acreditación de la condición de socio

1. No será precisa la llevanza del libro registro de socios, acreditándose la condición de socio mediante el documento público con el que se hubiese adquirido.
2. La transmisión de la condición de socios y la constitución de derechos reales limitados sobre participaciones sociales deberán notificarse al órgano de administración mediante la remisión del documento público en el que figure.
3. El órgano de administración deberá notificar a los restantes socios la transmisión, la constitución de derechos reales o el embargo de participaciones sociales tan pronto como tenga conocimiento de que se hayan producido, siendo responsable de los perjuicios que el incumplimiento de esta obligación pueda ocasionar.

CAPÍTULO IV. Órganos sociales

Artículo 446. Junta general

La junta general de la sociedad nueva empresa podrá convocarse también mediante correo certificado con acuse de recibo al domicilio señalado a tal efecto por los socios y por procedimientos telemáticos que hagan posible al socio el conocimiento de la convocatoria a través de la acreditación fehaciente del envío del mensaje electrónico de la convocatoria o por el acuse de recibo del socio.

En estos supuestos, no será necesario el anuncio en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» ni en ningún diario.

Artículo 447. Estructura del órgano de administración

1. La administración podrá confiarse a un órgano unipersonal o a un órgano pluripersonal, cuyos miembros actuarán solidaria o mancomunadamente. Cuando la administración se atribuya a un órgano pluripersonal, en ningún caso adoptará la forma y el régimen de funcionamiento de un consejo de administración.
2. La representación de la sociedad y la certificación de los acuerdos sociales corresponderá, caso de existir un administrador único, a éste; caso de existir varios administradores solidarios, a uno cualquiera de ellos; y en el supuesto de existir varios administradores mancomunados, a dos cualesquiera de ellos.

Artículo 448. Estatuto de los administradores

1. Para ser nombrado administrador se requerirá la condición de socio.
2. El cargo de administrador podrá ser retribuido en la forma y cuantía que decida la junta general.
3. Los administradores ejercerán su cargo por tiempo indefinido. No obstante, podrá nombrarse administrador por un período determinado mediante acuerdo de la junta general posterior a la constitución de la sociedad.

Artículo 449. Remoción del cargo de administrador

1. La remoción del cargo de administrador requerirá acuerdo de la junta general, que podrá ser adoptado, aunque no figure en el orden del día de la reunión, por la mayoría ordinaria prevista en el artículo 198, sin que los estatutos puedan exigir una mayoría superior a los dos tercios de los votos correspondientes a las participaciones en que se divida el capital social.

2. El socio afectado por la remoción de su cargo de administrador no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones sociales, las cuales serán deducidas del capital social para el cómputo de la mayoría de votos exigida.

CAPÍTULO V. Modificaciones estatutarias

Artículo 450. Modificación de estatutos

1. En la sociedad nueva empresa, sólo podrán llevarse a cabo modificaciones en la denominación, en el domicilio social y, dentro de los límites fijados en esta Ley, en el capital social.

2. Lo establecido en el apartado anterior no será de aplicación en el supuesto de conversión de la sociedad nueva empresa en sociedad de responsabilidad limitada, de acuerdo con lo previsto en esta Ley.

Artículo 451. Modificación de la denominación social

1. El notario que vaya a autorizar la escritura de cambio de denominación de la sociedad comprobará, de conformidad con la legislación registral, que no existe ninguna denominación social anterior idéntica a la que se pretenda adoptar.

Para ello, el notario incorporará a la escritura de cambio de denominación social la certificación telemática de denominación social expedida por el Registro Mercantil Central con firma electrónica reconocida de su titular. La incorporación se efectuará en los términos previstos en el artículo 113.1 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

2. En caso de que el socio cuyo nombre y apellidos figuren en la denominación social pierda dicha condición, la sociedad estará obligada a modificar de inmediato su denominación social.

Artículo 452. Aumento del capital social por encima del límite máximo

Si los socios acordaren aumentar el capital social por encima del límite máximo establecido en esta Ley, deberán asimismo establecer si optan por la transformación de la sociedad nueva empresa en cualquier otro tipo social o si continúan sus operaciones en forma de sociedad de responsabilidad limitada.

CAPÍTULO VI. Disolución

Artículo 453. Disolución

1. La sociedad nueva empresa se disolverá por las causas establecidas en esta Ley para la sociedad de responsabilidad limitada y, además, por consecuencia

de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social durante al menos seis meses, a no ser que se restablezca el patrimonio neto en dicho plazo.

2. En todo caso, será de aplicación lo dispuesto en los artículos 364 a 367.

CAPÍTULO VII.

Conversión en sociedad de responsabilidad limitada

Artículo 454. Continuación como sociedad de responsabilidad limitada

1. La sociedad nueva empresa podrá continuar sus operaciones en forma de sociedad de responsabilidad limitada, para lo cual requerirá acuerdo de la junta general y adaptación de los estatutos sociales de la sociedad nueva empresa a lo establecido para la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada.

Para la adopción de ambos acuerdos bastará la mayoría ordinaria.

2. La escritura de adaptación de los estatutos sociales deberá presentarse a inscripción en el Registro Mercantil en el plazo máximo de dos meses desde la adopción del acuerdo de la junta general.



