Protocolo familiar y pactos sucesorios

La proyectada reforma de los heredamientos

Joan Egea Fernández

Facultad de Derecho
Universidad Pompeu Fabra

*Abstract**

El protocolo familiar es un instrumento jurídico que, con independencia de la regulación societaria, pretende ordenar las relaciones entre empresa y familia, evitando que ambas esferas se confundan y, sobre todo, constituye una herramienta que permite diseñar el correcto relevo generacional en la sucesión de la empresa familiar. Partiendo de las recomendaciones del European Forum on the Transfer of Business celebrado en Lille en 1997, el trabajo se centra en el análisis de las estipulaciones sucesorias que suele contener el protocolo y, más particularmente, en la función que puede cumplir la sucesión contractual como fórmula jurídica para garantizar dicho relevo generacional en la empresa. El trabajo analiza, por un lado, la última reforma del Código civil español en materia de sucesión en la empresa familiar y, por otro, se centra, muy particularmente, en la reforma del régimen de los heredamientos que diseña el [Proyecto de Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña](#), actualmente en fase de tramitación parlamentaria y con el que se pretende dar un giro substancial a la regulación actualmente vigente. El trabajo señala también los riesgos que comporta extender los pactos sucesorios fuera de las relaciones familiares o del ámbito de la empresa familiar.

The family protocol is a legal instrument that, regardless of the applicable corporate regulation, intends to organize the interaction between a family and their family-owned business, to clearly distinguish both spheres and most importantly, to plan the succession of the closely-held family business to the next generation. Adopting the recommendations of the European Forum on the Transfer of Business that took place in Lille in 1997, this research paper studies the succession provisions generally included in family protocols, specifically the role of contractual agreements as the legal instrument that ensures a successful transfer of the closely-held family limited partnership. The regulatory framework of this paper is, on one hand, the last reform of the Spanish Civil Code regarding closely-held family limited partnerships and on the other, the [present debated reform of the Fourth Volume of the Catalan Civil Code](#) concerning succession agreements that aims to be a step further from the regulation currently in force. This paper also points out the risks that may arise from the use of succession agreements outside of the contexts of family relations or of the closely-held family limited partnerships.

Title: Shareholder's Agreements and Succession Pacts

Keywords: Family Protocol, Shareholder's Agreement, Succession Law, Catalan Law

* Este trabajo se inscribe en el Proyecto de investigación "Autonomía e imperatividad en la ordenación de las relaciones familiares: los límites a la libertad contractual en la regulación de la convivencia y de sus crisis (SEJ 2005-08663-C02-02)", financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

Sumario

1. El protocolo familiar como instrumento que permite garantizar la continuidad de la empresa familiar
2. El Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares
3. Pactos sucesorios y empresa familiar
4. La última reforma del Código civil español en materia de sucesión en la empresa familiar: la Disposición Final Primera de la Ley 7/2003, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa
5. Los pactos sucesorios en el Proyecto de Ley del Libro Cuarto del Código civil de Cataluña y la sucesión en la explotación económica familiar
 - 5.1 Clasificación y nueva tipología de los pactos sucesorios: heredamientos a favor de los otorgantes y heredamientos a favor de personas diferentes de los otorgantes.
 - 5.2 Especial consideración de los pactos de renuncia o pactos de 'non succedendo'.
 - 5.3 El pretendido carácter sinalagmático de los pactos sucesorios. ¿Resolución por incumplimiento o revocación?
6. Bibliografía

1. El protocolo familiar como instrumento que permite garantizar la continuidad de la empresa familiar

Justo diez años después de que la Comisión Europea organizase en la ciudad de Lille, el 3 y 4 de febrero de 1997, el Foro sobre transmisión de empresas (*The European Forum on the Transfer of Business*), el Gobierno español ha aprobado el [Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares \(BOE núm. 65 de 16 de marzo\)](#), desarrollando así la escueta referencia que el apartado 3 de la Disposición Final Segunda de la [Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa](#) hacía a estos instrumentos jurídicos.

En este simposio europeo se hizo balance de los progresos que había experimentado la legislación comunitaria europea que entonces ya disponía de algunas recomendaciones y comunicaciones relativas a las empresas familiares, tales como la Comunicación de la Comisión de 29 de junio de 1994, que abogaba por reducir la carga fiscal en las sucesiones y donaciones de este tipo de empresas y la Recomendación de la Comisión 94/1069, de 7 de diciembre, sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas.

Los datos estadísticos evidencian la gran importancia que las empresas familiares tienen para la economía española como principales agentes creadores de riqueza: suponen entre el 65 y el 80% del total de las empresas, y entre el 65 y el 70% del Producto Interior Bruto, aparte de que generan casi el 75% del empleo (datos extraídos de la *Guía para la Pequeña y Mediana Empresa Familiar*, Ministerio de Economía, 2003). Sorprende que siendo los protocolos familiares una herramienta que vienen usando las empresas familiares españolas desde hace tiempo¹, sea la primera vez que un texto normativo del ordenamiento jurídico español hace una mínima regulación y esboza su contenido, aunque sólo sea a propósito de la finalidad básica de esta norma reglamentaria, que es facilitar que las sociedades no cotizadas puedan publicar en el Registro Mercantil los protocolos que recogen los acuerdos que han alcanzado los socios miembros de la familia, entre ellos o con terceros. No se nos oculta que algún sector representativo de estas empresas, tales como la Asociación de la Empresa Familiar de Madrid, se mostró contrario a que una norma reglamentaria previese la inscripción en el Registro Mercantil de los acuerdos internos sensibles como son, por ejemplo, las cláusulas penales con las que se suele proteger el cumplimiento de los Protocolos, los criterios de valoración de las acciones de la empresa o el pacto por el que los socios se comprometen a someter los conflictos societarios a arbitraje. En este sentido, a menudo se ha argumentado que los Protocolos constituyen pactos internos que fundamentalmente plasman acuerdos que responden a la estrategia de la compañía, a la reorganización de sus directivos o a las inversiones previstas; en fin, se ha cuestionado la utilidad que esta información puede tener para los terceros.

El protocolo familiar (*shareholder's agreement*) nace en los Estados Unidos de América, hace ya bastantes años, como la pieza clave de la organización jurídica de las *close corporations* que, dependiendo de cada Estado,

¹ Me refiero sobre todo a las empresas organizadas en forma de sociedad, aunque algún autor como Antonio YUSTE GONZÁLEZ DE RUEDA (2001, p. 125) sostiene, con razón, que el protocolo familiar puede servir también para el empresario individual, aunque en este caso el contenido será básicamente sucesorio.

permite derogar determinadas normas del régimen general de las sociedades. En aquel país adquiere su protagonismo más destacado a partir de los años ochenta y de allí pasó posteriormente a Europa. Concretamente, el protocolo se concibe como un acuerdo de voluntades que celebran los socios accionistas o titulares de las participaciones sociales entre sí o con la propia empresa familiar mediante el cual se protegen de las conductas restrictivas que se puedan derivar de la ausencia de un mercado público para las participaciones sociales, de las normas del control centralizado y de las reglas de la mayoría. Sobre este punto concreto, puede verse, por ejemplo, Hunter J. BROWNLEE (1995, p. 267 y ss.). Dicho en otras palabras, los socios pueden firmar acuerdos mediante los cuales queden obligados a una determinada conducta en operaciones que afecten a la sociedad, fijando las políticas de participación en los beneficios, la posibilidad de incorporarse como trabajadores de la sociedad y evitando la problemática que suele plantear la extinción de la empresa. En este sentido, ya en el año 1967 Robert A. KESSLER (1967, p. 640) señalaba que el contenido típico de los *shareholder's agreements* para una *close corporation* afecta sobre todo a tres ámbitos de la empresa: la organización, las operaciones y la extinción (por ejemplo, estableciendo restricciones a la transmisión de las participaciones y disponiendo unos derechos de adquisición preferente a favor de la propia empresa o de los otros socios). También regulan aspectos familiares de especial trascendencia para la empresa, tales como la previsión de soluciones a posibles conflictos derivados de la crisis matrimonial de alguno de los socios.

Es sabido que uno de los principales problemas de las empresas familiares es precisamente su poca estabilidad y fortaleza para superar con éxito los sucesivos relevos generacionales; según las estadísticas sólo entre el 10% y el 15% de estas empresas consigue al llegar a la tercera generación; y eso no sólo porque son adquiridas por inversores no familiares, sino también y sobre todo porque simplemente desaparecen. Se evidencian, pues, las dificultades de armonizar los principios propios de la empresa, donde prima la rentabilidad, y los de la familia, donde siempre se corre el riesgo favorecer la protección de sus miembros. Así lo ha señalado de una forma muy gráfica F. CURIEL LORENTE (2001, p. 92), al advertir que familia y empresa son instituciones básicas de nuestra sociedad, que se rigen por principios antagónicos: la empresa se guía por el ánimo de lucro y por criterios de productividad, mientras que en la familia prevalece el servicio desinteresado y casi nunca se prescinde de las personas poco productivas. En eso radica su problema capital.

Precisamente, ha sido la voluntad de evitar las desavenencias que se suelen generar entre los miembros de la familia que controla la sociedad lo que ha llevado a nuestro país la práctica bastante generalizada de elaborar un documento, el protocolo familiar, que facilita la planificación del desarrollo armónico de ambas esferas, garantizando por lo tanto la continuidad de la empresa. Hasta ahora, los analistas han venido configurando este documento como un compromiso formal de los integrantes de la familia titulares de la empresa (y, en ocasiones, también familiares que aún no son socios), donde fijan documentalmente sus objetivos y las reglas internas de funcionamiento, es decir, una especie de código donde se contienen los principios que deben regir dichas actuaciones en este ámbito. Ciertamente, no todos sus pactos comportan una estricta vinculación jurídica, sino que algunos de ellos se limitan a plasmar aquello que podría considerarse el ideario o la filosofía de la empresa familiar con la pretensión que sus miembros se sientan partícipes de un proyecto común. El resto de pactos suelen tener para los otorgantes la fuerza vinculante de un contrato.

En relación con la eficacia del protocolo se suele destacar que, al margen del valor más o menos vinculante de cada uno de los pactos que se contienen, es una herramienta que facilita la aproximación de los diferentes puntos de vista que puedan tener los miembros de la familia que integran la empresa familiar, al mismo tiempo que ofrece más cohesión y facilita la adopción de decisiones, ya que permite situar el interés común (familiar) por encima del individual en temas tan importantes como las previsiones relativas a la incorporación de los miembros de la familia en la empresa, planes de formación del sucesor y del resto de miembros de la familia, retribución, reglas de acceso al Consejo de Administración. En fin, tal como ha señalado Ignacio GOMÀ LUZÓN, (2005, p. 655) el protocolo, aunque es una realidad pluridisciplinar en el que el aspecto jurídico solo es una parte, constituye un acuerdo o compromiso mediante el cual se organiza la empresa familiar para lograr que esta supere correctamente el relevo generacional.

Que nos conste, no son muchas las resoluciones judiciales que se han ocupado del valor jurídico y eficacia del protocolo. Entre ellas, cabe citar, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 8 de abril de 2002 (JUR 2002\164471), que en un caso en el que sólo había una propuesta de protocolo realizada por una consultora y no un protocolo ya firme, afirma que “[d]icho protocolo carece de cualquier virtualidad a los efectos pretendidos por el demandante, ello por las siguientes razones: 1º Examinando 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 [que] [...] 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 de 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 aun formando parte del grupo familiar de empresas, nada tiene que ver con la entidad demandada. 3º Dentro del exclusivo ámbito de la empresa, el mencionado protocolo carece de carácter jurídico vinculante alguno, no sólo por su contenido, mera propuesta de intenciones, sino porque nunca fue aprobado; todo lo contrario, el Consejo de Administración de dicha entidad en Junta celebrada el 26 de enero de 1999 acordó por unanimidad no seguir el protocolo”. A pesar de ello, la propia Audiencia a la hora de validar el acuerdo de reducción del número de miembros del consejo de administración del que quedaban excluidos el demandante y su hija tiene en cuenta dicho documento al afirmar que hay que atenerse “[c]omo señalaba el Protocolo familiar inaplicado, que “la empresa no está al servicio de la familia, sino que por el contrario, son los componentes de la familia que deben servir a la empresa”.

En relación con dos de las cláusulas típicas que se suelen contener en los protocolos familiares, la creación de un Consejo de Familia, que represente las diferentes ramas familiares y asuma la función de fiscalizar el cumplimiento del protocolo, y una cláusula de arbitraje, la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 4 de mayo de 2005 confirmó la nota de calificación del Registrador que denegaba la inscripción de sendos preceptos –en esta caso no del protocolo, sino de los mismos estatutos de una Sociedad de Responsabilidad Limitada-.

El primero de los preceptos, con la rúbrica “Otros órganos sociales”, afirmaba que “La sociedad podrá dotarse de un Consejo de Familia y de una Asamblea de familia, cuando lo estime pertinente y mediante acuerdo de la Junta General de socios, que será por mayoría simple cuando estos órganos solamente tengan funciones de promoción de la familia dentro de la sociedad y de tipo consultivo y de asesoramiento y que

habrá de ser por mayoría del ochenta por ciento del capital cuando estos órganos tengan funciones decisorias y vinculantes para los administradores sociales". Más adelante el registrador denegaba también la inscripción de otro precepto en el que, en lo que aquí interesa, se afirmaba: "[...] se incorporarán a los estatutos sociales, con igual mayoría, las normas de desarrollo del protocolo familiar que supongan pactos obligatorios y que afecten al funcionamiento de la sociedad". En relación con la primera cuestión, la Dirección General, después de admitir que lo permite el principio de libre autonomía de la voluntad (art. 12.3 LSRL), entiende sin embargo que para que se pueda incorporar a la estructura de la sociedad se precisa una adecuada regulación de su composición, nombramiento, funciones, etc., y no basta con la mera previsión estatutaria completamente indeterminada, ya que generaría inseguridad jurídica; un órgano meramente consultivo configurado además como extraestatutario no se puede incluir en el marco regulador del cual se está excluyendo y el otro órgano previsto como estatutario sólo podrá tener acceso cuando se cree efectivamente y se definan los referidos elementos". Los mismos argumentos utiliza en relación con las previsiones de unas normas de desarrollo del protocolo familiar. En cambio, por lo que respecta a la cláusula de arbitraje, revoca la nota de calificación ya que entiende que limita la libertad de los socios para dotarse de un sistema de solución de conflictos flexible y amplio.

No es preciso decir que el protocolo siempre debe respetar las normas imperativas aplicables al caso, tanto si pertenecen al ámbito del derecho de familia o al derecho de sucesiones como al derecho mercantil. En relación con el contenido, destacan las cuestiones referidas al régimen de las acciones o participaciones y muy particularmente a su transmisión, sin olvidar, evidentemente, la vinculación de esta materia con el régimen económico matrimonial y el derecho de sucesiones, al cual dedicaremos una especial atención en este trabajo. En efecto, el protocolo es un instrumento muy útil para fijar la política de transmisión de las acciones o participaciones sociales que garantice el mantenimiento del control de la empresa dentro del círculo familiar, pero hay que tener en cuenta que es, a la vez, un documento jurídicamente incompleto, que necesita de un desarrollo posterior: testamento, capitulaciones matrimoniales o la estipulación de determinados pactos parasociales. Desde el punto de vista sucesorio, el protocolo puede ser una herramienta muy útil a la hora de elegir el hijo o descendiente que tenga unas cualidades empresariales apropiadas para incorporarse a la empresa, compensando económicamente al resto de hijos o descendientes que no hayan sido elegidos; de aquí, sin embargo, no debe concluirse que esta elección deba necesariamente verse limitada por el equilibrio de las diferentes ramas familiares que participan en la empresa.

Se ha llegado a decir que el recurso a los protocolos surge de la clara insuficiencia del testamento para regular la sucesión de la empresa, ya que, dado su carácter esencialmente revocable, no otorga ninguna clase de seguridad a las personas que están llamadas a suceder el empresario individual o en el control de la sociedad. Eso es lo que ha llevado a que en el protocolo a menudo se estipulen cláusulas, al estilo de un pacto sucesorio encubierto con las que sus firmantes se obligan a otorgar testamento en un determinado sentido (o a no otorgarlo) o a no revocar el ya otorgado. Entiendo que este tipo de cláusulas presenta problemas importantes de validez; y eso no sólo en los territorios que no admiten los pactos sucesorios (art. 1271.2 CC), sino también en los que los admiten, como es el caso de Cataluña (así lo entienden también, entre nosotros Lluís JOU I MIRABENT, 2005, p. 362 y Emilio GONZÁLEZ BOU, 2005, p. 758). Sin ir más lejos, y como veremos más adelante, el apartado 3 del

art. 431-3 del [Proyecto de Ley por el que se aprueba el Libro Cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, actualmente en fase de tramitación parlamentaria \(Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, VIII Legislatura. Núm. 33. Segundo Período, 19 febrero 2007, p. 13\)](#) considera nulos los pactos de otorgar o de no otorgar una disposición de última voluntad, así como los de revocarla o no revocarla. Como nulas se deben considerar, ya hoy, las cláusulas penales con las que se pretenda garantizar estas estipulaciones.

Los instrumentos para dotar de fuerza vinculante los pactos contenidos en el protocolo son diversos: en primer lugar, pueden derivar de la propia naturaleza contractual de pacto (art. 1258 CC) o se pueden lograr con el establecimiento de acciones o participaciones sociales con prestaciones accesorias, es decir, diferentes de las aportaciones de capital (art. 36 LSA y art. 22 y ss. LSRL), vinculadas, por ejemplo, al cumplimiento del protocolo familiar.

2. El Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares

El artículo 2.1 del [RD 171/2007](#) define el protocolo familiar como “[e]l conjunto de pactos suscritos por los socios entre sí o con terceras personas con los que guardan vínculos familiares que afectan a 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”. En la doctrina, Francisco VICENT CHULIÀ (2004, pp. 17, 18 y 321) enfatiza su valor como instrumento que facilita el buen gobierno de las sociedades y que permite armonizar familia y sociedad de capital. De igual forma, Jorge. A. RODRÍGUEZ APARICIO y Carmelo AGUSTÍN TORRES (1999, p. 44) señalan que el objeto del protocolo es regular la organización corporativa y las relaciones profesionales y económicas entre la familia y la empresa.

A pesar de que el Decreto no tiene por objeto regular el contenido del protocolo, el preámbulo da a entender cuál es, al referirse a que el principal objetivo de esta figura es asegurar la continuidad de la empresa a través del correcto relevo generacional. En torno a ello giran la mayoría de los pactos que pueda contener, como son por ejemplo, los relativos al gobierno y dirección de la empresa, al acceso y salida de los miembros de la familia de la empresa, a la propiedad (entendiendo que este apartado no sólo alcanza el régimen de transmisión de acciones y participaciones o valoración de estas, sino también todo aquello que referido al régimen económico matrimonial de los socios o a la sucesión en la empresa familiar). En este sentido -sigue afirmando el propio preámbulo- la realidad económica, jurídica y social española obliga a considerar las peculiaridades de la empresa familiar y la lícita autorregulación de sus propios intereses, especialmente en relación con la sucesión de este tipo de empresas, eliminando obstáculos y dotando al operador jurídico de los instrumentos necesarios. Para ser más precisos, uno de los objetivos –no el único- que se esconde tras estas palabras es la voluntad de ir diluyendo progresivamente la prohibición de los pactos sucesorios, a partir de una visión del

protocolo familiar como instrumento mediante el cual el fundador de la empresa se compromete a designar sucesor (en las acciones o participaciones que permitan el control de la sociedad) a alguno de sus hijos o a otro miembro de la familia, teniendo muy presente, evidentemente, aquello que mejor conviene la empresa y sin mezclar el patrimonio familiar con el empresarial.

El derecho civil de Cataluña, además de los heredamientos, a los que después aludiré con más detalle, ha contado desde siempre con instituciones que tienen como principal objetivo el mantenimiento del patrimonio o la explotación familiar. En este sentido posibilita que el testador (también el heredante) pueda delegar en otra persona de su confianza (normalmente el cónyuge o los parientes más próximos) la elección de quien, de entre sus hijos, deba ser el concreto heredero o herederos que lo deban suceder, porque, por ejemplo, considere que es más idóneo para cumplir aquel objetivo económico. La institución de heredero por fiduciario consiste en una delegación de la facultad de designar la persona concreta que deba suceder al causante y persigue mantener la integridad del patrimonio incrementando las posibilidades de acierto en la elección. Ésta es una institución que hoy se halla positivizada en el art. 148 del Código de Sucesiones (y también en el art. 149 para los parientes más próximos); en fin, se trata de una figura jurídica que permite planificar de una forma cuidadosa la sucesión en la explotación económica familiar, es decir 'la casa' (en términos de la antigua sociedad agraria), o la empresa familiar (en términos más actuales), manteniendo la unidad del patrimonio familiar, figura ésta que, por cierto, también se encuentra al art. 831 CC.

El mismo preámbulo del Decreto que estamos comentando define también la empresa familiar como aquella en que la propiedad o el poder de decisión pertenecen, en todo o en parte, a un grupo de personas que son parientes entre sí. Este concepto viene a coincidir con la caracterización que de este tipo de empresa hizo el Senado, en el informe de Ponencia que se constituyó para el estudio de la problemática de la empresa familiar, realizado el año 2001 (BOCG. Senado. VIII Legislatura. Serie I. De 23 de noviembre de 2001. Núm. 312), el cual, pese a admitir que no hay un consenso generalizado sobre qué es una empresa familiar, señalaba las siguientes características definidoras: 1) Que una familia (si se trata de una empresa unifamiliar), tenga una participación importante del capital social. 2) Que con base en la mencionada participación, la familia pueda ejercer el control de la empresa. 3) Que la familia participe en la gestión, ocupando (en las empresas societarias) la totalidad o la mayoría en el Consejo de Administración. 4) El deseo de la familia de que la empresa continúe en el tiempo, incorporando en la propiedad o en la gestión o dirección, las sucesivas generaciones de la familia. En esa misma línea, Francisco VICENT CHULIÀ (2000, p. 21 y ss.), añade que este tipo de empresa se caracteriza por la existencia de vínculos familiares entre los que disponen del poder de control sobre las decisiones empresariales y la gestión del negocio, de manera que la unidad de dirección en el ejercicio de la actividad se asegura, precisamente, mediante estos vínculos. Este autor, por cierto, echa en falta una Directiva de armonización de las disposiciones mercantiles sobre sociedad familiar con la que se conseguiría el fomento de este tipo de empresa.

La empresa familiar no se debe identificar necesariamente con las pequeñas o medianas empresas respecto de las cuales, por ejemplo, la [Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 6 de mayo de 2003 \(DOUE L 124/36 de 25 de mayo de 2003\) sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas](#), considera necesario, en la lógica de un mercado único, mantener también un trato único con base en normas comunes para el mismo tipo de empresas. En particular, esta recomendación considera empresas

a las entidades que ejercen una actividad artesanal, u otras actividades a título individual o familiar, las sociedades de personas y las asociaciones que ejerzan una actividad económica de forma regular.

Así pues, volviendo a la disciplina concreta que se contiene en el mencionado Real Decreto, son los grupos familiares, a través del órgano de administración, los que deben decidir si les conviene o no dar publicidad al protocolo o, incluso, si quieren depositar, juntamente con las cuentas anuales, una copia o testimonio total o parcial del documento público en el que conste el protocolo de la sociedad. De hecho, es lógico que no siendo obligatorio que las empresas familiares dispongan de protocolo, tampoco lo sea darle publicidad.

Esta norma reglamentaria pretende fijar las bases para la transparencia del protocolo y permite que las empresas que tienen unas reglas internas con las que persiguen garantizar su supervivencia las hagan públicas, todo ello sin perjuicio que puedan contener también pactos de naturaleza esencialmente privada e, incluso, de carácter reservado. La publicidad del protocolo envía al mercado, a los proveedores, a los trabajadores de la empresa, a los socios financieros y también a los competidores, una señal extremadamente positiva de continuidad de la empresa. El Decreto vehicula la constancia registral por diferentes vías, que van desde la página web de la sociedad (art. 4) al Registro Mercantil (art. 5, 6 y 7). La publicación en el Registro Mercantil puede alcanzar desde la mera constancia, en el folio abierto a la sociedad, de la existencia de un protocolo (sin que el registrador pueda exigir que se presente el documento, ni calificarlo) al depósito de una copia o testimonio total o parcial del documento público en el que conste el protocolo. Todo ello sin perjuicio de la inscripción de los acuerdos que sean inscribibles y que se hayan adoptado en ejecución del protocolo, los cuales deberán mencionar expresamente esta circunstancia.

Las notas que siguen contienen unas reflexiones sobre la sucesión 'mortis causa' en la empresa familiar y sobre la función que en los derechos español y catalán los protocolos familiares están llamados a desarrollar como instrumento para canalizar dicha sucesión. En este sentido, partiendo de las recomendaciones del Foro de Lille sobre la estipulación de pactos sucesorios como una buena manera de garantizar el correcto relevo generacional a la frente de la empresa, se analizan, en primer lugar, las últimas reformas del Código civil español con las que el legislador español, de manera muy tenue, parece que ha pretendido suavizar las trabas con que las que actualmente tropiezan los pactos sucesorios. Más adelante, el trabajo se centra, muy particularmente, en la proyectada reforma del régimen de la sucesión contractual en Cataluña que diseña el [Proyecto de Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña](#), con el que se pretende dar un giro sustancial a la regulación típica de los heredamientos, posibilitando la estipulación de pactos sucesorios fuera del marco familiar.

3. Pactos sucesorios y empresa familiar

Para comprender mejor ese resurgir de la sucesión contractual y su encaje con las particularidades que presenta la empresa familiar resulta fundamental tener presentes las recomendaciones del mencionado Foro europeo sobre transmisión de empresas. Como decía al principio del trabajo, el Foro permitió pasar revista y hacer balance de las medidas tomadas por los Estados miembros para facilitar la transmisión de las empresas familiares y, lo que es más relevante aún, hacer una descripción de las prácticas empleadas por los diferentes países de la Unión en este ámbito. En el trasfondo, se constataba que muchas empresas medianas y pequeñas acababan cerrando con la muerte del empresario. En palabras de Timothy BLUMENRITT (2006, p. 66), la planificación sucesoria o, lo que es lo mismo, la habilidad para diseñar el traspaso en la dirección y propiedad de una empresa a la siguiente generación, constituye el núcleo de los negocios familiares.

El Foro de Lille puso sobre la mesa la necesidad de evitar esta desmembración y de alcanzar unas tasas más altas de continuidad empresarial, facilitando que, en caso de muerte, enfermedad o incapacidad permanente, el empresario pudiese transmitir la empresa al miembro de su familia que le pareciese más idóneo para continuar en el negocio y, a la vez, que este último pudiera ver garantizada, con la irrevocabilidad de la institución, dicha atribución, incorporándose activamente ya desde aquel mismo momento, o en ocasiones antes, en la gestión de la empresa. En fin, los pactos sucesorios permiten al empresario anticipar su sucesión y posibilitan la incorporación del elegido como sucesor en las actividades de la empresa, sin que éste pueda temer que la llamada resulte frustrada.

Cuestión diferente es que en las empresas familiares haya una cierta propensión –que hay que evitar– a contratar con responsabilidades de administración a los propios miembros de la familia, no siempre los mejor preparados para esta tarea. Sobre dicha cuestión v. Paul WESTHEAD y Carol HOWORTH (2006, p. 301).

En este sentido, precisamente el art. 5 (a) de las recomendaciones del Foro precisa que la continuidad de las empresas es un principio que debería estar presente en todos los derechos civiles nacionales, para evitar cierres injustificados. Por eso, el Informe cuestiona que sea conveniente prohibir los pactos sobre la sucesión futura, ya que la prohibición dificulta de forma innecesaria la planificación de los Estados hacia el objetivo de alcanzar la continuidad de las empresas familiares.

En efecto, es un hecho incuestionable que las empresas, muy particularmente las pequeñas y medianas, no resuelven de una forma fácil las tensiones que surgen en una transmisión ‘mortis causa’ y por ello, con más frecuencia de la deseable, se ven abocadas al cierre, cuando por ejemplo, los sucesores del causante no quieren seguir en la explotación y reclaman su parte en la herencia o exigen el pago de sus derechos legitimarios. En estos casos, lo más probable es que todo acabe en la disolución de la empresa y la subsiguiente pérdida económica y de puestos de trabajo. Por otro lado, la disolución lleva a una considerable desvalorización del patrimonio empresarial, ya que los diferentes elementos que lo integran valen mucho menos individualmente considerados que

concebidos como conjunto productivo. El objetivo de la Comisión Europea es lograr que el empresario disponga de una autonomía más amplia a la hora de decidir cómo quiere planear la sucesión de su empresa para mantenerla en el seno familiar. Es aquí donde la disposición en vida –y con carácter irrevocable- de derechos sucesorios sobre la empresa que potencie que el sucesor se involucre desde aquel mismo momento, adquiere un protagonismo destacado. Todo ello, teniendo en cuenta que las normas sucesorias, por sí solas, no son suficientes para cubrir esta finalidad de conservación de la empresa familiar en las sucesivas generaciones; las reglas mercantiles del derecho de sociedades completan este marco y coadyuvan decisivamente a alcanzar una correcta transmisión de la empresa.

En síntesis, el protocolo familiar es el instrumento que recoge y da apoyo a esta conjunción de reglas (sucesorias y societarias), mitigando a la vez los efectos de la prohibición de los pactos sobre la sucesión futura. Pensemos, por ejemplo, en la fijación de restricciones a la transmisión de las participaciones sociales o de derechos de adquisición preferente con los que el titular de la empresa quiere evitar que ésta pase a personas ajenas a un concreto círculo familiar; y dentro de éste, la posibilidad de dar más peso a un miembro de la familia que a otro no tan cualificado profesionalmente para la dirección, valiéndose, por ejemplo, del juego de las acciones o participaciones sin voto o de los pactos de sindicación de voto.

Con la atribución de acciones o participaciones sin voto (arts. 90 y ss [LSA](#) y art. 42 bis [LSRL](#)) se permite, como ha señalado J. A. YUSTE GONZÁLEZ DE RUEDA (2001, p. 128) facilitar el ingreso de miembros de la familia en la sociedad, pero sin capacidad de gestión, con lo cual es posible distinguir entre socios familiares que dirigen la empresa y los que sólo tienen derechos económicos. Si se considera conveniente, también se pueden atribuir los derechos de voto al cónyuge usufructuario, el cual mantendrá la capacidad decisoria en relación con el gobierno de la sociedad.

Ciertamente, como en el protocolo los otorgantes no instituyen propiamente heredero ni designan legatario a un determinado pariente, sino que se limitan a formalizar el compromiso de hacerlo, al estilo de una promesa, no se puede decir, en sentido estricto, que se trate propiamente de una institución sucesoria de tipo contractual; sobre eso, sin embargo, volveré más adelante. En esta línea el protocolo ha sido calificado por Francisco VICENT CHULIÀ (2000, p. 18), muy gráficamente, de contrato base, en el sentido de que la organización de la empresa familiar a partir del protocolo constituye un complejo de negocios jurídicos en los que éste, como documento base, integra negocios típicos de diversa naturaleza y constituye su eje vertebrador. A. FERNÁNDEZ-TRESGUERRAS (2002, p. 90), en un sentido parecido, lo califica de código de conducta y contrato marco.

Como veremos en el apartado siguiente, desde una perspectiva estrictamente sucesoria, el empresario, la persona a la que se pretenda designar como sucesor suyo y, en su caso, otros familiares interesados en la transmisión de la empresa, pueden acordar que el primero se comprometa a realizar una partición ‘inter vivos’ en virtud de la cual asigne la referida empresa, o las acciones o participaciones que aseguran el futuro control de la sociedad, al hijo o pariente que ya

trabaja en ella. Sin embargo, como el protocolo no pasa de ser una especie de documento base en el que, en lo que aquí nos interesa, se contienen unas declaraciones de voluntad que deben ser ejecutadas posteriormente en otro instrumento jurídico (el testamento o el documento de partición), no puede decirse que dichas declaraciones constituyan auténticos pactos sucesorios. Es decir, nada puede obligar al empresario a instituir heredero a aquella persona concreta y, en caso de que efectivamente lo instituya heredero y realice una partición 'inter vivos' a su favor, en cualquier momento podrá revocar el testamento o modificar el criterio particional. Todo ello, sin perjuicio, evidentemente, de que en previsión de la falta de cumplimiento de esta cláusula del protocolo, los estatutos prevean un derecho de adquisición preferente sobre las acciones o participaciones sociales, a favor de algunos socios o por la sociedad (art. 64 LSA y art. 32 LSL).

Mientras el [Código civil español](#) únicamente permita designar sucesor universal en testamento, la partición 'inter vivos' continuará dependiendo de la existencia de una institución testamentaria, sobre la cual, no lo olvidemos, planea la posibilidad de revocación y, por lo tanto, siempre habrá el riesgo que, posteriormente, una vez que la persona hipotéticamente llamada haya hecho su inversión personal trabajando para la empresa (porque pensaba, por ejemplo, que sería la sucesora), el empresario acabe instituyendo otra persona.

Debe recordarse que, a pesar de la vigencia de la prohibición general de los pactos sucesorios plasmada por el art. 1271.2 CC, la [Ley estatal 49/1981, de 24 de diciembre, del Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes](#), llegó a admitir este tipo de pactos, los cuales, sin embargo, no tuvieron prácticamente ninguna clase de repercusión práctica en los catorce años que estuvo vigente. Esta posibilidad, además, se suprimió con la [Ley 19/1995, de 14 de julio](#).

La voluntad de remover los obstáculos con los que actualmente tropieza la sucesión en la empresa familiar en el derecho estatal llevó, como ya hemos comentado antes, a que el Senado constituyese, en el año 2001, la ponencia para el estudio de la problemática de la empresa familiar, que elaboró un informe en la línea que acabamos de señalar (BOCG, Senado, VIII Legislatura, Serie I, de 23 de noviembre de 2001, Núm. 312). En este informe se afirma que la empresa familiar sufre los desajustes derivados de que bastantes normas de derecho sucesorio o de familia no se ajustan lo suficiente a la sucesión de la empresa, y que la causa de ello es, simplemente, que la realidad socioeconómica del país en el momento de la aprobación del [Código](#), el año 1889 era muy diferente de la actual, o, en otras palabras, que cuando el [Código civil español](#) fue redactado nadie pensaba en la empresa familiar de la sociedad industrializada. En efecto, la mayor parte de las normas que regulan la sucesión son ajenas a las particularidades que plantea la sucesión de este tipo de empresa y, por lo tanto, no aportan reglas que faciliten su transmisión.

Todo ello, dejando a un lado los cambios remarcables que, últimamente, se han producido en el concepto de familia y prescindiendo también de que en el Estado español existen varios ordenamientos civiles, que disciplinan de una forma diferente tanto el régimen económico matrimonial supletorio como, sobre todo, la sucesión *mortis causa*, particularmente por lo que respecta a la posibilidad o no de pactar sobre la sucesión futura.

La Cámara Alta coincidió también en constatar que los principales problemas que sufre la empresa familiar en España se centran en la falta de motivación de las segundas generaciones, los conflictos familiares, la frustración de los empresarios cuando sus descendientes no se incorporan al proyecto empresarial y, sobre todo, la ausencia de definición de los límites entre el patrimonio empresarial y el familiar, sin olvidar que debe también planificar la sucesión por causa de muerte. Alguno de los comparecientes calificó este último aspecto como el gran tema pendiente de las empresas familiares. Efectivamente, en sede sucesoria, el [Código español](#), más allá de la estrecha vía que abre el art. 826 en relación con la promesa de mejorar a la que después aludiré, no facilita el objetivo de alcanzar la continuidad de la empresa familiar. Sin ir más lejos, el art. 1271 [CC](#) sigue prohibiendo que sobre la herencia futura se puedan celebrar contratos que no sean aquéllos que tengan por objeto practicar entre vivos la división del caudal hereditario y de otras disposiciones particionales conforme al art. 1056 del mismo cuerpo legal. Todo eso, al margen del debate que se ha abierto en los últimos tiempos sobre si hay que mantener el sistema de legítimas o, por el contrario, se debe optar por una absoluta libertad de testar.

Ni que decir tiene que los problemas no se enmarcan únicamente en el derecho sucesorio. Así, si nos fijamos en el régimen económico matrimonial del [Código civil español](#), pueden percibirse numerosos desencajes cuando se ve afectada una empresa familiar, dado que el régimen legal supletorio es el de la sociedad de gananciales que, como es sabido, produce el efecto de hacer comunes para los cónyuges las ganancias y los beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitades una vez se haya disuelto la sociedad (art. 1344 [CC](#)). De aquí que éste sea un régimen que pueda llevar fácilmente a la disolución y posterior liquidación de la empresa familiar.

La empresa puede pertenecer al patrimonio privativo -en el caso, por ejemplo, que ya perteneciera al cónyuge al comenzar la sociedad de gananciales (art. 1346.1 [CC](#))- o bien integrarse en las ganancias -si ha sido fundada durante la vigencia del régimen a expensas de los bienes comunes (art. 1347.5º [CC](#))-, lo cual implica un régimen legal diferente para cada caso, al margen, evidentemente, de toda la problemática que surge en relación con la determinación del alcance de la responsabilidad de la sociedad legal de gananciales por lo que respecta a las deudas contraídas por el cónyuge comerciante (art. 1365.2 [CC](#) que se remite a los artículos 6 a 12 del [Código de Comercio](#)). En esta esfera el protocolo permite diseñar un sistema de capitulaciones matrimoniales para los familiares miembros de la empresa en el que cada uno de ellos sepa con toda claridad qué hacen (o mejor dicho, qué deben hacer) los otros en relación con el régimen económico matrimonial, lo cual no deja de plantear serias dificultades en torno a su legalidad -lo que es igualmente importante, aunque no será objeto de estudio en el presente trabajo- pactar estipulaciones en previsión de una ruptura matrimonial.

Cabe señalar que, actualmente se detecta un cambio de tendencia que se refleja en un fuerte aumento del otorgamiento de capitulaciones matrimoniales. Aunque no conste con precisión el contenido concreto de las capitulaciones, todo apunta a que, allí donde el régimen económico matrimonial no es el de separación de bienes, se constata un aumento de los pactos que adoptan el régimen de

separación de bienes (según datos que aporta Albert LAMARCA MARQUÈS *et alii*, 2006, en 1990 se autorizaron en España 24.432 escrituras de capitulaciones matrimoniales, en 1995, 37.545 y en 2003, 78.710), ya que es un régimen que excluye la participación del cónyuge ajeno a la familia que conforma la empresa y mitiga a la vez las consecuencias que una hipotética crisis matrimonial pueda tener en la propia empresa. Estos datos coinciden con los que han aportado los diferentes comparecientes al Senado y confirman que cada vez son más las empresas que planifican la sucesión y firman un protocolo donde se establecen pactos en los que sus titulares formulan el compromiso de adoptar, cuando se casen, el régimen de separación. No obstante, dicho pacto presenta también serias dudas sobre su validez; no parece que se pueda hacer nada si el matrimonio se acaba contrayendo en un régimen diferente, sobre todo si el nuevo miembro de la familia no firma el protocolo.

El informe del Senado se hacía eco también de los problemas que puede generar el régimen económico matrimonial de participación, ya que, aunque sea un régimen más respetuoso con la capacidad y autonomía de cada cónyuge que el de gananciales, obliga a valorar los bienes en el momento de la disolución y liquidación, lo cual puede tener importantes repercusiones fiscales. Finalmente, en relación con el régimen de separación, el informe entiende que es el que mejor respeta la autonomía de cada cónyuge y el que menos problemas plantea en el momento de la separación o disolución del matrimonio, pero a la vez es el que peor refleja la comunicación de las ganancias que debe haber entre los cónyuges, con la consiguiente discriminación –si no la corrige el ordenamiento jurídico o el pacto- por el cónyuge que se ocupa del hogar y de la crianza de los hijos.

4. La última reforma del Código civil español en materia de sucesión en la empresa familiar, efectuada por la Disposición Final Primera de la Ley 7/2003, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa

Desde una perspectiva sucesoria, la empresa se concibe como una organización integrada por varios elementos que constituyen un objeto unitario, con una unidad funcional y orgánica que ha de quedar al resguardo de las sucesivas transmisiones y que se mantiene íntegra incluso durante la yacencia de la herencia (M.L. PALAZÓN GARRIDO, 2003, p. 106). El testamento es la forma mediante la cual el empresario organiza su sucesión, ya sea (re)organizando la empresa individual y traspasando el poder de decisión al hijo o hijos que tienen más cualidades o estén más preparados para hacerse cargo o bien, en el caso de las sociedades familiares, distribuyendo las acciones o participaciones o atribuyendo también a alguno de los hijos la capacidad de decidir y gestionar, mientras que al resto les puede dejar el derecho a percibir parte de las utilidades (Francisco VICENT CHULIÀ, 2001, p. 17). Obviamente, la problemática que se plantea es muy diferente si se trata de un empresario individual o bien de una empresa con forma societaria. Sin ir más lejos, la responsabilidad frente a los acreedores por las deudas generadas por el ejercicio de la empresa es muy diferente en uno y otro caso: la empresa individual, por ejemplo, aunque, obviamente integra una unidad patrimonial, no llega a ser un patrimonio separado, en el sentido de que de las deudas del causante responde todo el

patrimonio, no sólo el estrictamente empresarial. Eso no quita, evidentemente, que después de que el heredero no sucesor de la empresa haya pagado una deuda derivada de la actividad empresarial pueda dirigirse –ya en relaciones internas– contra el auténtico titular que se deberá hacerse cargo, ya que la empresa, como objeto de la herencia, constituye una unidad que comprende el activo y el pasivo. En cambio, si la empresa se estructura en forma de sociedad mercantil (a menudo como sociedad de responsabilidad limitada) se obvian bastantes de las contingencias que genera la sucesión *mortis causa*, dado que las personas jurídicas no causan una sucesión en sentido estricto.

Si la empresa ha adoptado la forma de una sociedad mercantil, nos encontramos ante un sujeto de derecho diferente al causante, es decir, ante una persona jurídica, y ello es así aunque se trate de una sociedad de tipo unipersonal. La muerte del empresario no implica ningún cambio en las relaciones jurídicas de las que era titular la empresa, sino que únicamente afecta a la titularidad de los títulos representativos de la sociedad que pertenecían al causante.

Sin obviar totalmente la particular problemática que plantea la empresa individual, en este trabajo me centraré fundamentalmente en la de tipo societario. En la empresa individual, la sola muerte del empresario y la subsiguiente llamada a una pluralidad de sucesores, por ejemplo, puede hacer peligrar por sí sola la propia subsistencia de la empresa, ya que la posibilidad de que se acabe liquidando es mucho más elevada; en la sociedad familiar mercantil, en cambio, el riesgo de desintegración no radica tanto en este ámbito material, sino que en la atribución de las participaciones representativas del capital de la sociedad, la familia pierda su control.

En el momento de otorgar testamento y hacer las oportunas previsiones para la conservación de la empresa y facilitar así su continuidad efectiva (normalmente cuando ya está en manos de uno de los hijos o descendientes del fundador), el empresario tropieza con dos obstáculos de cierto calado: las legítimas y la partición. La Disposición Final Primera de la [Ley 7/2003, de 1 de abril, de la Sociedad Limitada Nueva Empresa](#), que modifica los artículos 1056, 1271 y 1406.2 CC intenta dar respuesta a esta problemática. Conviene aclarar, sin embargo, que ésta no era una preocupación inicial del [Proyecto](#) presentado por el gobierno (BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 98-1, de 14 de junio de 2002), ya que no contenía ninguna norma que modificara el [Código Civil](#), sino que su inclusión deriva de una enmienda que presentó el Grupo parlamentario Popular del Senado.

Precisamente, la Exposición de Motivos de la mencionada Ley modificadora evidencia una clara voluntad de facilitar la continuidad efectiva de la empresa, cuando afirma que “[...] se introducen modificaciones en el [Código Civil](#) vigente en tres aspectos puntuales en los que se ordenan las relaciones entre los miembros de una familia y la sucesión de la unidad productiva, para dotarla de instrumentos que permitan diseñar, en vida del empresario, la sucesión más adecuada de la empresa en cualquiera de sus posibles configuraciones: societarias, empresa individual, etc. Estas modificaciones, aplicables exclusivamente al territorio regido por el [Código Civil](#), de acuerdo con el art. 149.1.8 a de la [Constitución española](#), se hacen atendiendo, además, a un criterio integrador del ordenamiento privado en el conjunto de las legislaciones civiles del Estado”. Por cierto, con estas

palabras, el legislador estatal hace una declaración de intenciones de iniciar, por lo menos en esta materia, un proceso de confluencia con los derechos civiles autonómicos.

Evidenciando una técnica legislativa muy deficiente, se observa que esta parte de la Exposición de Motivos está repetida al final del apartado II de la misma Exposición de Motivos. Por otro lado, la aplicabilidad exclusiva en territorio donde rige el [Código civil español](#) ha sido duramente criticada por Rodrigo BERCOVITZ (2003, p.1841), que entiende, con razón, que no es adecuado que la ley afirme que unos determinados preceptos son aplicables exclusivamente dentro del territorio del derecho del Estado, sino que será el contenido de los propios derechos forales el que determinará en cada caso la hipotética aplicación –o no aplicación- supletoria, como sucede con el resto del Código civil.

Entrando en el contenido concreto de esta reforma del [Código Civil español](#), cabe destacar, en primer lugar, que los cambios que se han introducido no han sido demasiado relevantes con vistas al objetivo de alcanzar, al menos en este punto, la finalidad pretendida. En efecto, el apartado 2 del art. 1056 CC no ha visto alterado sustancialmente su enfoque originario, que ya era el de facilitar la sucesión en la empresa (explotación agrícola, industrial o fabril, en la expresión empleada por la redacción del año 1889), dado que el precepto se sigue centrando en el instrumento particional, es decir, un acto unilateral revocable a voluntad, aunque, en esta declaración de voluntad particional, hayan intervenido los hipotéticamente favorecidos. Concretamente, ahora el art. 1056.2 dispone que:

“[E]l 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 artículo 843 y en el párrafo primero del artículo 844.

Aparte de que la excepcionalidad de esta facultad particional que permite la atribución en metálico de la legítima al resto de hijos ya quedó bastante diluida después de que, el año 1981, se reformasen los artículos 841 a 847 CC permitiendo de una forma lo suficientemente generalizada el pago de la legítima en dinero, ahora la nueva redacción del art. 1056 CC no pasa de ser un paso poco firme en la dirección de abrir vías específicas para la sucesión de la empresa familiar. Se limita a sustituir la palabra ‘padre’ por ‘testador’², a añadir que la facultad de pagar la legítima en metálico no sólo encuentra su justificación en el interés de la familia, sino que la tiene también en la conservación de la empresa (cosa que, sin demasiado esfuerzo, podía considerarse implícito en el texto originario) y a introducir algún otro matiz de carácter menor. Lo más novedoso es quizá, de un lado, la ampliación

² A pesar de todo, es lógico pensar que el caso más frecuente seguirá siendo que se instituya heredero a uno de los hijos legitimarios; puede que esto explique que el precepto siga diciendo, como antes, que “se pague en metálico la su legítima al resto de interesados”.

del tipo de explotación a la cual ahora alcanzan estas facultades particionales y, del otro, que asimila el mantenimiento del control de una sociedad de capital o grupo de éstas al concepto tradicional de conservación de la empresa. Por lo que respecta al primer aspecto, hay que destacar, únicamente, que allá donde decía explotación agrícola industrial o fabril, la nueva redacción lo convierte en “[I]a explotación económica o el mantenimiento del control de una sociedad de capital o grupo de sociedades”, lo que parece abundar en la idea de que se ha querido ir más allá de las relaciones paterno-filiales y modernizar el marco anquilosado que reflejaban las referencias a los concretos tipos de explotación que enumeraba la redacción originaria del Código. En relación con la inclusión de la referencia al mantenimiento del control de una sociedad de capital, la nueva redacción viene a impedir la interpretación (como la que antiguamente había hecho la STS de 28 de mayo de 1958) que entiende que la voluntad de mantener, por acto particional, en una sola mano un paquete de acciones suficientes para conservar el control de una sociedad anónima dentro de la familia, no cae dentro de el ámbito de aplicación del art. 1056.2 CC.

Es evidente que las empresas constituidas en forma de sociedad mercantil pueden perder su unidad si pasan a manos ajenas a la familia; aun así, dependerá que ésta mantenga o no en su poder un número de acciones o participaciones suficiente para preservar la capacidad decisoria sobre ella (v. en este sentido, J. B. VALLET DE GOYTISOLO, (1970, p. 87) y M. L. PALAZÓN GARRIDO (2003, p. 260). Podría afirmarse con más exactitud que lo que persigue el art. 1056 no es tanto la unidad de explotación, sino mantener la empresa en el ámbito familiar.

Otra novedad que introduce la reforma de 2003 es aclarar que el dinero para pagar la legítima puede ser extrahereditario y permite el pago diferido de ésta, sin que sea necesario que todos los hijos o descendientes confirmen expresamente la partición, ni tampoco la autorización judicial. La decisión de pagar en dinero es eficaz aunque no se comuniqué a los perceptores en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión.

En cualquier caso, en contra de lo que insinúa algún autor, no parece que esta partición ‘inter vivos’ participe de la naturaleza de un contrato sucesorio. En primer lugar, porque el precepto en cuestión habla de testador y, por otro lado, porque se limita a legitimar el ejercicio de la facultad que prevé el apartado primero del mismo art. 1056 CC, es decir, para hacer la partición, tanto si se hace por acto entre vivos como de última voluntad, con el efecto de que la partición será vinculante mientras no perjudique a la legítima (que, no lo olvidemos, el testador podrá ordenar que se pague en metálico al resto de interesados). Sin embargo, de aquí a afirmar directamente que la partición por acto ‘inter vivos’ es un pacto sucesorio hay un abismo; y ello aunque contrapuesta, como la contrapone este precepto, a la partición por acto de última voluntad, lo más fácil sería considerar que la primera es irrevocable. No lo es, ya que como mayoritariamente ha puesto de relieve la doctrina (v., por todos, A. REVERTE, 2004, p. 86), en el Código español la partición ‘inter vivos’ sólo puede ser un acto por causa de muerte y, a la vez, de última voluntad, es decir, revocable libremente. Dicho en otras palabras, con aquella expresión simplemente se ha querido remarcar que el testador puede efectuar la partición al margen de las solemnidades propias del testamento. Es más, aunque se entendiese que

el calificativo 'inter vivos' alude a una partición que se acuerda entre el testador y los coherederos instituidos, nada impediría que aquel pudiese revocarla libremente, como, de forma unánime - insisto- admite la doctrina y la jurisprudencia. En síntesis, aunque la referencia que el art. 1271 hace al 1056 CC se pudiera justificar entendiendo que se está refiriendo a una partición mutuamente acordada, a efectos prácticos, se comprueba que no hay casi diferencias entre la partición que el testador hace en un testamento o acto de última voluntad y la que realiza por acto 'inter vivos', ya que el causante siempre la puede cambiar.

Y eso es así porque, como decía, la partición 'inter vivos', incluso la realizada con la participación de los propios interesados, no es un contrato sucesorio, sino un simple acto particional que se sustenta en un acuerdo de voluntades que no puede alterar la naturaleza revocable del testamento, anterior, simultáneo o posterior, al cual necesariamente debe estar vinculado. Ello no quita que la partición hecha por el mismo testador constituya un buen instrumento para evitar algunas de las tensiones y también los litigios que suelen surgir entre los familiares llamados a la herencia, en la medida en que evita que entren en una situación de comunidad (J. L. MEZQUITA DEL CACHO, 1994, p. 227), y también, fundamentalmente, permite encarrilar la continuidad de la empresa, sin contar, sin embargo, con la garantía de la irrevocabilidad, propia de la sucesión contractual.

Lo dicho hasta aquí permite concluir que, en este punto, la reforma del [Código civil español](#) operada en el año 2003 no ha cambiado mucho las cosas respecto del derecho hasta entonces vigente. No ha afectado a los arts. 826 y 827 que son los preceptos del [Código Civil español](#) donde más claramente se abre la posibilidad de la sucesión contractual, en la medida en que admiten la promesa de mejorar o no mejorar hecha en capitulaciones matrimoniales. Esta promesa mantiene la estructura típica del contrato sucesorio, es decir, una estipulación capitular donde el padre de uno de los contrayentes promete mejorar al hijo que se case (recuerda mucho, por cierto, el régimen de los heredamientos del derecho catalán).

Sobre la promesa de mejorar o no mejorar como excepción a la regla general de prohibición de los pactos sucesorios vid. Juan B. VALLET DE GOYTISOLO (1993, p. 2047), quien sostiene, siguiendo los antecedentes históricos de la Ley 22 de Toro, que la promesa equivale a una disposición sucesoria, es decir, aunque el promitente no la ratifique en un testamento posterior se tiene por hecha. Otra herramienta importante para la conservación de la empresa es la mejora en cosa determinada y el legado de cosa específica y determinada, figuras reguladas en los arts. 829 y 882 CC, respectivamente, los cuales permiten que el empresario causante de la sucesión elija de entre los hijos y descendientes aquél que considere más idóneo.

Con todo, hay que tener en cuenta que cada vez son más las voces que hacen eco de la conveniencia de eliminar la prohibición de los pactos sucesorios del [Código civil](#). En este sentido, merece ser destacada la interesante propuesta que en forma de texto articulado presentó Rafael SÁNCHEZ ARISTI (2006, p. 399) a las XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil.

El otro precepto que ha sido modificado por la [Ley 7/2003, de 1 de abril](#), es el art. 1271.2 CC, sin que eso haya comportado tampoco ningún cambio significativo en esta materia: sigue sin admitir los contratos sobre la herencia futura. En tal caso la nueva redacción se ha limitado a añadir la expresión “[...] y de otras disposiciones particionales”. En efecto, el hecho de que parezca aludir a la partición por actos ‘inter vivos’ hecha por el mismo testador, como si fuera una especie de contrato sucesorio no nos debe hacer perder de vista que, en vida del causante, la partición es plenamente revocable. Es decir, como cualquier acto particional realizado por el testador, se puede ver afectada por un cambio de su voluntad institutiva.

Conviene insistir nuevamente en qué la problemática es muy diferente según se trate de un empresario individual o bien de una sociedad. En este último caso ya hemos aludido a otras formas de garantizar la continuidad empresarial, como son las cláusulas de aprobación o el establecimiento de derechos de adquisición preferente, la emisión de acciones o participaciones sin voto con las que puede asegurarse también la continuidad de la dirección empresarial sin excluir de la titularidad al resto de legitimarios.

Finalmente, fuera ya del ámbito estricto del derecho de sucesiones, pero en cierta medida vinculado con él, la [Ley 7/2003](#) ha modificado el art. 1406 CC relativo a la liquidación del régimen económico matrimonial de gananciales. Y lo ha hecho, como ya hemos advertido antes, porque el régimen de comunidad constituye un obstáculo en la sucesión de la empresa, puesto que, a menudo, aboca a su división. Ahora bien, aunque, mayoritariamente, se considera que el régimen económico es un punto clave en la conservación de la empresa familiar, la realidad es que la reforma, en este punto, ha sido más bien un simple maquillaje, pues solamente se ha pasado de decir que cada cónyuge tiene derecho a que se incluya preferentemente en su haber, hasta donde este alcance “[l]a explotación agrícola, comercial o industrial que hubiera llevado con su trabajo”, a afirmar que el mencionado derecho alcanza “[L]a explotación económica que gestione efectivamente” (REVERTE, 2004, p. 112, hace notar que el precepto se refiere sólo a la explotación económica y que, a diferencia del art. 1056.2 CC, omite hablar de acciones y participaciones). En efecto, sólo si se entiende que esta norma no se circunscribe únicamente a los supuestos de disolución y liquidación de la sociedad de gananciales derivadas normalmente de una crisis matrimonial, o de cambio voluntario de régimen económico, sino que incluye también los casos de disolución por muerte (y, por lo tanto, aquellos en que el cónyuge superviviente que gestiona efectivamente la empresa o los sucesores del premuerto que la gestionaba tienen derecho a que les sea adjudicada preferentemente), el precepto llegará a tener alguna utilidad en el ámbito de la sucesión empresarial. En los casos de disolución por muerte, hay que hacer previamente la liquidación del régimen de gananciales entre el cónyuge viudo y los herederos del premuerto y será entonces cuando tendrá sentido prever cuál es el futuro de la empresa familiar. A diferencia del derecho catalán, el [Código español](#) no ha aprovechado la reforma para regular los pactos en previsión de una crisis matrimonial o de pareja que tanta utilidad pueden tener en la preservación de la empresa familiar en caso de que la crisis llegue a ser una realidad, a saber, la predeterminación de los criterios para fijar la compensación del trabajo para la casa o para el otro cónyuge, o para la pensión compensatoria, la atribución del uso de la vivienda conyugal y, en su caso, posibles renunciaciones.

5. Los pactos sucesorios en el Proyecto de Ley del Libro Cuarto del Código civil de Cataluña y la sucesión en la explotación económica familiar

Aunque en Cataluña ha existido una tradición muy arraigada de pactos sucesorios, cuyos orígenes ha explicado, de forma muy precisa, J. J. LÓPEZ BURNIOL (1994, p. 328), hasta ahora nuestro ordenamiento civil no ha sabido ajustarse a la nueva realidad económica y empresarial del país, de manera que no contiene, al menos formulada de manera expresa, ninguna norma que aluda específicamente a la continuidad de la empresa familiar. Por todos es sabido, sin embargo, que la voluntad de evitar la disgregación o la desaparición de la explotación familiar siempre ha estado muy presente en el Derecho civil de Cataluña, particularmente a través de figuras como la designación de heredero a través de fiduciario y los pactos sucesorios o heredamientos. Los heredamientos, como veremos enseguida, son la mejor prueba de ello ya que, al permitir adoptar decisiones vinculantes sobre la sucesión, ya en vida del causante, se reducen los problemas de continuidad y mantenimiento de la empresa. En fin, puede afirmarse, sin ninguna clase de exageración, que las instituciones jurídicas que integran el derecho de familia y el de sucesiones catalán giran mayoritariamente en torno a la 'casa' entendida como unidad de explotación agraria y de ahí que buena parte de sus instituciones la tengan siempre presente. Falta, como decía, una actualización de la institución a las nuevas necesidades; eso es lo que pretende alcanzar el [Proyecto](#) comentado.

En efecto, la utilidad de la actual regulación de los heredamientos ha sido cuestionada por el [Proyecto de Ley del Libro Cuarto del Código civil de Cataluña](#), aún en fase de tramitación parlamentaria. Su Exposición de Motivos lo llega a calificar de absolutamente inservible para la planificación patrimonial sucesoria de hoy. Parte de la doctrina también había criticado la falta de adecuación de esta institución a la nueva realidad social y económica, crítica que se suele centrar, sobre todo, en el hecho de que los heredamientos se vinculan necesariamente al matrimonio y, consiguientemente, a la forma capitular (v. Lluís JOU I MIRABENT, 2005, p. 368 y Emilio GONZÁLEZ BOU, 2005, p. 760). De hecho, si prescindimos del régimen específico de los heredamientos mutuales, la tipología y configuración que de los heredamientos hace el [Código de Sucesiones](#) (por otro lado, reflejo de la tradición jurídica) no es sólo que necesariamente se vinculen a la *causa matrimonii*, genéricamente considerada, sino que, más concretamente, se deben estipular vinculados al hecho y momento en el que se contrae el matrimonio; de ahí que el Código hable literalmente de heredamientos a favor de los contrayentes y de heredamientos a favor de los hijos de los contrayentes. El [Proyecto](#), en cambio, opta por un modelo abierto y flexible (en palabras textuales de su Exposición de Motivos) que se fundamenta en el principio de libertad civil. Ello deja entrever la voluntad de que la sucesión contractual deje de ser una institución circunscrita al ámbito familiar/matrimonial, lo que implica también un cambio de criterio sobre los riesgos que tradicionalmente se han asociado a la sucesión contractual y que han girado, sobre todo, alrededor del carácter irrevocable de la institución, lo que dificulta de forma evidente la reversibilidad de las

captaciones de voluntad. Estos peligros son los que, históricamente, han justificado que la sucesión contractual en Cataluña, como en otros ordenamientos próximos, se haya circunscrito al ámbito familiar. Resulta paradójico, sin embargo, que el mismo [Proyecto](#), después de extender los pactos sucesorios más allá de la familia, considere que, en la práctica, tendrá un alcance reducido fuera del campo familiar.

Reforzando esta idea de desvincular la sucesión contractual del vínculo matrimonial (que también han adoptado otros ordenamientos autonómicos como, últimamente, Aragón con la Ley de 24 de febrero de 1999, de sucesiones por causa de muerte), el art. 431-21 dispone que “[L]a nul·litat, separació o divorci, o be la dissolució d’una unió estable, de qualsevol dels atorgants, no afecta l’eficàcia de l’heretament”. Obviamente, según se afirma en este mismo precepto, se admite el pacto en contrario y no rige en el caso del heredamiento mutuo otorgado entre cónyuges o miembros de una unión estable. Así que, en estos casos, la crisis matrimonial sí que afectará al heredamiento, aunque no dice con qué alcance. Es decir, no concreta si el heredamiento será directamente ineficaz (como resultaría del art. 20 [CF](#) vigente) o bien será irrevocable. La misma regla se puede aplicar, *mutatis mutandis*, a los pactos sucesorios de atribución a título particular (en este punto hay que recordar que el art. 431-25.2 remite a las disposiciones que regulan el heredamiento).

A pesar de la ampliación del ámbito subjetivo de los heredamientos, el [Proyecto](#) sigue presentando la sucesión contractual como una excepción, ya que el art. 411-7 afirma que sólo son válidos los pactos sucesorios sobre una sucesión no abierta que sean admitidos por la ley. Igualmente, a la vez que abre las posibilidades de pactar la sucesión contractual más allá del círculo familiar, todas las justificaciones que ofrece continúan basándose, como hasta ahora, en que constituye básicamente un instrumento de planificación de la transmisión intergeneracional de la riqueza familiar. Así pues, si éste continúa siendo el principal objetivo del [Proyecto](#), para lograrlo hubiese resultado suficiente con desvincularlos del matrimonio y eliminar la exigencia de capitulaciones, reconduciéndolos a la sucesión de la empresa o el patrimonio familiar.

Llama la atención que se haya perdido la oportunidad de regular la interrelación entre los pactos sucesorios y el protocolo como instrumento que puede tener un papel destacado en la planificación de la sucesión de la empresa familiar; de hecho –aparte de la escueta alusión que hace la Exposición de Motivos a las prácticas que se dan en forma de protocolo familiar– el texto articulado no contiene ninguna otra referencia al protocolo. Sólo el art. 431-8, al regular la resolución del pacto sucesorio por incumplimiento de la finalidad que haya sido determinante del pacto, aclara que “[l]a finalitat pot consistir en el manteniment continuat de l’empresa familiar o en la indivisió i transmissió del patrimoni professional”. Con todo, como decía, bastantes preceptos del [Proyecto](#) responden a una concepción de los pactos sucesorios de contenido estrictamente familiar (v. art. 431-6.2 y 431-20.2, 3).

En fin, como ya he comentado más arriba, parece que los redactores del [Proyecto](#) no están muy convencidos de que extender estos pactos más allá de la familia sirva de mucho, ya que la justificación concreta de esta figura la buscan, una y otra vez, en las relaciones familiares.

Pasando al análisis concreto de la regulación proyectada, lo primero que sorprende es que el art. 431-1 define el pacto sucesorio de manera que prácticamente no se diferencia de la definición de

testamento que hace el art. 421-2 del mismo Libro IV, ya que omite toda alusión al acuerdo de voluntades, esencial en la sucesión contractual y constituye el fundamento del carácter irrevocable de la institución. En efecto, en la norma proyectada, la irrevocabilidad aparece por primera vez en el art. 431-11, en sede de pactos sucesorios a favor de uno o algunos de los otorgantes, pero la visión que se da parece corresponderse con la de un acto unilateral. La confusión aumenta cuando el art. 431-11.2, en relación con los pactos que pueden acompañar a los heredamientos, afirma que: “[E]n els heretaments es poden ordenar de forma unilateral les mateixes disposicions que la llei permet es puguin ordenar en testament. La ineficàcia de l’heretament determina que restin sense efecte les disposicions unilaterals atorgades per qualsevol dels seus atorgants, a menys que aparegui ésser una altra la voluntat del seu autor”. No queda claro si estas disposiciones unilaterales son revocables libremente (parece que sí) por quien las otorga.

Por otro lado, la posibilidad (antes sólo admitida en los otorgados a favor de los hijos de contrayentes y, con el Código de sucesiones, también en los mutuales) de pactar todos los heredamientos con carácter preventivo (art. 431-12.4) permite una asimilación más fácil a los testamentos e implica generalizar un tipo de heredamiento plenamente revocable, lo cual choca con la propia esencia de la sucesión contractual. El art. 431-3, al referirse al alcance de los pactos sucesorios también los configura como una forma de ordenar la sucesión que parece igualmente una decisión unilateral, excepto cuando regula los pactos sucesorios de renuncia, los cuales sí que se configuran como una convención entre el causante y las personas que tienen derechos en la futura sucesión de éste.

Así pues, el paralelismo entre la norma del [Proyecto](#) que define los pactos sucesorios y la que define el testamento es notable; es más, utilizan la misma expresión ‘ordenar la sucesión’, que no parece la más adecuada cuando se predica de la sucesión contractual. En efecto, el art. 431-1 dispone que “*En pacte successori el causant pot ordenar la seva successió mitjançant la institució d’un o més hereus i atorgar d’altres atribucions per causa de mort, així com convenir amb les persones que tenen dret a la seva futura successió la renúncia a aquesta a títol oneros o gratuït*”, mientras que según el art. 421-2, “[E]n testament, el causant ordena la seva successió mitjançant la institució d’un o més hereus i amb la possibilitat d’establir llegats i altres disposicions per després de la mort”.

Como acabamos de ver, la idea de la convención la debemos ir a buscar en el último inciso del art. 431-1 y en el art. 431-2, con ocasión de la presentación de las modalidades de pactos de sucesorios.

La ausencia de una clara delimitación entre testamento y pacto sucesorio queda patente también en sede de indignidad sucesoria, ya que el art. 431-7 adopta en bloque, como causas de resolución del pacto (o de ineficacia, si el causante ya ha muerto), las generales de indignidad, algunas de las cuales, al estar pensadas para los testamentos, tienen difícil anclaje en los pactos sucesorios. Todo ello, dejando de lado el solapamiento que se puede producir entre alguna de estas causas y la impugnación del pacto sobre la base de que la voluntad ha sido formada con engaño, error, violencia o intimidación grave, según prevé el art. 431-10.

En cualquier caso, a pesar de la falta de una plasmación normativa más precisa, es evidente que el proyecto quiere dar respuesta, aún sin decirlo expresamente, a la problemática que plantea la sucesión de la empresa familiar, optando por una regulación, al menos a nivel de intenciones, más ajustada a la práctica de los protocolos familiares. Ello resulta mucho más fácil en un ordenamiento como el catalán, donde siempre se han admitido los pactos sucesorios, aunque restringidos a las capitulaciones matrimoniales. Para el protocolo rige el principio de libertad de forma, pero si ha sido otorgado en escritura pública (art. 431-5) y por personas mayores de edad (art. 431-4) no debería haber ningún inconveniente para que fuera ya el documento donde los interesados instituyesen directamente heredero contractual o designasen legatario (también contractual), de manera que en Cataluña se podría ir más allá del mero compromiso de instituirlo en un testamento (ya hemos visto la problemática que ello plantea) o en una escritura pública posteriores. Quedaría salvada así la prohibición del art. 431-3.3, según el cual el pacto por el que las personas que convienen un protocolo familiar en el que se comprometen a otorgar una disposición de última voluntad o a no otorgarla será un pacto nulo, como también lo será la promesa de revocarla o de no revocarla.

Ni el art. 27 ni el 32 de la [Ley de sociedades de responsabilidad limitada](#) están pensando en los efectos adquisitivos 'inter vivos' que se pueden derivar de un heredamiento mixto o cumulativo, ni tampoco tienen presente la limitación que estos heredamientos y también el simple imponen sobre las facultades dispositivas del heredante. No obstante, hay que entender, por lo que respecta a las participaciones sociales del heredante afectadas por un heredamiento cumulativo, que la cualidad de socio pertenece al heredero contractual. Igualmente, esta transmisión podrá ser objeto de inscripción en el libro registro de socios, como podrá serlo también la limitación de las facultades dispositivas que afectan al heredado por el hecho de haber otorgado heredamiento, al estilo de un gravamen (v. en el mismo sentido, Lluís JOU I MIRABENT, 2005, p. 379).

5.1 Clasificación y nueva tipología de los pactos sucesorios: heredamientos a favor de los otorgantes y heredamientos a favor de personas diferentes de los otorgantes

En coherencia con el nuevo alcance que se pretende dar a los heredamientos, es decir, con su extensión fuera del ámbito familiar/matrimonial, el [Proyecto](#) efectúa también una nueva clasificación y tipificación. No obstante, a pesar de la ampliación más allá de las relaciones familiares y de que la rúbrica del Título III incluya tanto los pactos sucesorios como las donaciones por causa de muerte, se ha mantenido la terminología empleada históricamente para referirse a esta modalidad sucesoria (vid, por ejemplo el art. 431-11), distinguiendo entre las siguientes modalidades:

1. *Heredamientos a favor de uno o algunos de los otorgantes.* Su equivalente en el actual [Código de sucesiones](#) son los heredamientos a favor de los contrayentes, de los cuales el [Proyecto](#) mantiene la subdivisión en: heredamiento simple, cumulativo y mixto (éste se incluye como un heredamiento simple con donación singular de presente). La propuesta añade además el heredamiento mutuo, que hasta ahora conformaba una categoría autónoma y con una funcionalidad muy diferente. La regulación propuesta (art. 431-15) cambia la regla según la cual, salvo pacto expreso en contrario, si el heredero premuere al heredante, la calidad de

heredero contractual se transmite a sus hijos, con lo que el heredante tiene las manos libres para una nueva designación en la sucesión de la empresa familiar; no acabo de ver, sin embargo, qué justifica que la regla sea diferente cuando el heredamiento vaya acompañado de una transmisión de bienes de presente (heredamiento cumulativo), ya que la necesidad de proceder a una nueva institución puede ser la misma.

2. *Heredamientos a favor de terceras personas.* Se corresponden con los actuales heredamientos a favor de los hijos de los contrayentes del [Código de sucesiones](#), con alguna diferencia notable. En primer lugar, se ha eliminado, creemos que acertadamente, la histórica clasificación que, dentro de los heredamientos a favor de los hijos de los contrayentes, distinguía entre puros, preventivos y prelativos. Hay que recordar en este sentido que la naturaleza contractual de los heredamientos a favor de los hijos de los contrayentes y, con ellos, el fundamento de su irrevocabilidad históricamente había sido bastante discutido, ya que, a menudo, la persona instituida heredera ni siquiera había nacido, es decir, difícilmente podía considerarse que era parte activa del contrato sucesorio. En lo relativo a los heredamientos preventivos que, por cierto, son la antítesis de la sucesión contractual, en el [Proyecto](#) pasan a ser una modalidad que se puede pactar en cualquier tipo de heredamiento (art. 431-2 c). Y, finalmente, en relación con los puros, la tradición jurídica catalana había fundamentado su naturaleza contractual entendiendo que había una aceptación ficticia por parte del notario, cuando lo cierto es que la irrevocabilidad se justificaba en la voluntad de vincular sucesivamente el patrimonio familiar, al estilo de un fideicomiso, por así decirlo. Eso se conseguía mediante la concatenación de heredamientos sucesivos: el padre instituía heredero al hijo, que se casaba, y éste instituía a los hijos nacidos.

En la propuesta del [Proyecto](#), sigue sin quedar lo suficientemente claro el carácter contractual de estos heredamientos, como tampoco queda claro si se produce el efecto típico del contrato sucesorio: la irrevocabilidad. En este sentido, el art. 431-23 define los heredamientos a favor de terceras personas como aquéllos que se otorgan a favor de personas no contratantes (como si fueran una especie de contrato a favor de tercero), pero no especifica cuáles son las personas que otorgan el contrato. Cabe entender que el [Proyecto](#) está pensando, una vez más, en el ámbito familiar; es decir, una escritura pública en la que en previsión de la ruptura matrimonial o de la pareja (y también en caso de que ya se hayan producido), ambos miembros instituyen herederos al hijo o hijos comunes con carácter irrevocable. Si eso es así, la consecuencia lógica es que ambos progenitores pueden instituir herederos a sus hijos irrevocablemente, pero en caso de que la institución la haga uno solo deberá pactarlo directamente con el hijo y, por lo tanto, deberá acudir a la figura del heredamiento a favor de uno o algunos de los otorgantes, es decir, será necesario que el beneficiario sea parte contratante y, para eso, deberá ser mayor de edad (art. 431-4). En cambio, si quiere instituir heredero contractual al hijo menor de edad, deberá hacerlo conjuntamente con el cónyuge, pareja u otra persona. La duda se agrava cuando este mismo precepto remite, en aquello no

previsto en las normas que los regulan, a las disposiciones relativas a la vocación testamentaria y al heredamiento simple, una vez más como si testamento y sucesión contractual participasen de la misma naturaleza.

El [Proyecto](#) dedica a este tipo de heredamientos la Sección Tercera del Capítulo I, Título III, que sólo consta de dos artículos, por otro lado, difícilmente compatibles. Así, mientras el primero, afirma que en aquello no previsto en la Sección (en realidad, en el artículo siguiente) rigen las disposiciones relativas a la vocación testamentaria y al heredamiento simple (olvidando el carácter esencialmente revocable de la primera e irrevocable del heredamiento simple), el otro artículo de la Sección, se limita a decir que, a partir del momento que los favorecidos con el heredamiento aceptan la institución, con consentimiento de los heredantes, el heredamiento pasa a ser un auténtico pacto sucesorio y se rige por las disposiciones de la Sección primera.

El carácter paccionado de la sucesión implica que el heredero contractual ya ha aceptado en vida del heredante; esto explica que el art. 431-16 del [Proyecto](#) establezca que, muerto el heredante, el instituido en heredamiento no puede repudiar la herencia. En esta misma línea, el art. 431-24 añade que las terceras personas favorecidas con el heredamiento pueden aceptar en escritura pública la institución de heredero con el consentimiento de los heredantes, momento a partir del cual el heredamiento pasa a ser un heredamiento a favor de un contratante y, por lo tanto, se rige por las disposiciones que regulan este tipo de heredamientos. No se acaba de entender, sin embargo, por qué se vincula la aceptación de las terceras personas favorecidas al consentimiento de los heredantes que, por lo que parece, constituye un presupuesto de la primera. ¿Quiere decir que, entretanto, éstos los pueden dejar sin efecto y, por lo tanto, que en tal caso son revocables?

Igualmente, sorprende que el art. 431-22 prevea que a la muerte de uno de los heredantes, el superviviente pueda invalidar (en mi opinión, lo más correcto es hablar de revocar) mediante testamento sus disposiciones a favor de terceras personas si renuncia a los beneficios sucesorios establecidos a su favor por el premuerto. Obviamente, aunque no lo diga, ésta es una norma que entiendo no se puede referir al heredamiento mutuo en el cual, conforme al art. 431-12.3, se ha pactado que a la muerte de ambos contratantes los bienes heredados hagan tránsito a otras personas, ya que eso implicaría admitir que uno solo puede privar de los efectos estipulados. De hecho, el art. 431-22 es una norma que, dejando de lado la imprecisión que supone hablar de una renuncia *invalidante*, tampoco se adecua con la imposibilidad de repudiar la herencia una vez muerto el heredante que, con carácter general, dispone el art. 431-16.

Otra de las novedades que incorpora el [Proyecto](#) son los pactos sucesorios de atribución particular. Cabe decir, sin embargo, que la posibilidad de que, juntamente con el heredamiento o institución contractual de heredero, se puedan realizar atribuciones a título particular está implícita también en el art. 68 [CS](#) vigente, según el cual en los heredamientos pueden estipularse todo tipo de condiciones, limitaciones, sustituciones, fideicomisos y reversiones lícitas, nombrar administradores y albaceas y confiar, en general, a otras personas todo tipo de encargos o funciones, con la misma amplitud que

en los testamentos. El [Proyecto](#), además, aclara que estas estipulaciones pueden ser también irrevocables, como los heredamientos, y que no es necesario que se pacten juntamente con éstos.

Efectivamente, bajo la denominación ‘pacto sucesorio de atribución particular’, la Sección Cuarta del capítulo I (Título II) del [Proyecto](#) regula, por una parte, los pactos sucesorios autónomos, cuyo objeto es la atribución de bienes concretos y determinados (que incluiría la empresa familiar, o las acciones o participaciones) y, de otra, las atribuciones particulares que se estipulan al mismo tiempo y en el mismo documento que el heredamiento o institución contractual de heredero (universal), a las que explícitamente alude el art. 431-11 del mismo [Proyecto](#). Con todo, como también pasa en el derecho vigente, el [Proyecto](#) deja abierta la vía de configurarlos como revocables, dada la referencia explícita que se hace a la unilateralidad y al modelo testamentario. En el art. 431-25, en cambio, se disciplinan auténticos pactos sucesorios que tienen carácter irrevocable (no queda incluido un hipotético legado hecho en heredamiento, ni tampoco el hecho en codicilo en uso de la llamada reserva para testar) y se rigen por las disposiciones relativas a los heredamientos, en tanto en cuanto lo permita su naturaleza específica.

En la práctica, sin embargo, la distinción entre los pactos sucesorios de atribución particular y la donación ‘inter vivos’ no resulta nada fácil, como lo prueba el hecho de que el mismo art. 431-25.3 dispone que el pacto sucesorio de atribución particular, si hay transmisión de presente de los bienes atribuidos se considera donación. Pero hay que tener en cuenta también que en el derecho catalán el donante puede otorgar una donación que le vincule irrevocablemente, dejando para después de su muerte la eficacia transmisiva. En este sentido, el párrafo 2 del art. 531-9 [CCCat](#), en su segundo inciso, dispone que “[E]l aplazamiento de la entrega del bien dado hasta el momento de la muerte de los donantes o la reserva a su favor del usufructo vitalicio no confiere a la donación el carácter de donación por causa de muerte.

Quede claro que las donaciones ‘mortis causa’, en la medida en que no vinculan al donante, es decir, que son revocables, aunque pueda haber transmisión inmediata de la propiedad a favor del donatario, no constituyen un buen instrumento para la transmisión de la empresa familiar, ya que el donatario no dispone de las garantías necesarias para la efectividad de la transmisión. En cambio, los pactos sucesorios de atribución particular (como también la donación ‘inter vivos’), por su carácter irrevocable, constituyen un importante incentivo para que el beneficiario/donatario vierta sus esfuerzos en el mantenimiento y continuidad de la empresa familiar objeto de del pacto, y el heredante tiene la garantía de que si el beneficiario con el pacto no cumple la finalidad asignada, lo podrá resolver (mejor dicho, revocar).

5.2. Especial consideración de los pactos de renuncia o pactos de ‘non succedendo’

Otra de las modalidades de pacto sucesorio son los pactos de no suceder (art. 431-2 d), es decir, los que tienen por finalidad renunciar a los derechos hereditarios que puedan corresponder al renunciante. En el [Código de Sucesiones](#) vigente, este tipo de pacto, lógicamente, no está regulado en sede de heredamientos, sino, de forma muy restringida, en sede de legítima. Concretamente, el art. 377 [CS](#) parte del principio de que la renuncia a la legítima no deferida y todo pacto o contrato de

transacción o de otra índole sobre ella son nulos, pero excepciona de esta prohibición el pacto efectuado entre consortes en capitulaciones matrimoniales, en virtud del cual el sobreviviente renuncia a la legítima que le pueda corresponder en la sucesión intestada del hijo impúber y también el pacto de renuncia al posible suplemento. El [Proyecto](#) elimina estas restricciones, ya que el art. 431-27 parte de la formulación contraria: son válidos los pactos de renuncia o de transacción sobre derechos sucesorios de cualquier naturaleza otorgados entre el renunciante o renunciantes y el causante de la sucesión. La expresión ‘derechos sucesorios de cualquier naturaleza’ podría hacer pensar que la renuncia puede alcanzar también a los derechos sucesorios de carácter voluntario, cosa que en mi opinión está de más y, por ello, entiendo que lo más conveniente es interpretar que sólo se refiere a los derechos sucesorios determinados por la ley. Así parece confirmarlo el art. 431-3 cuando, al delimitar el alcance de cada una de las modalidades de pacto sucesorio, concreta que la renuncia se puede referir a los derechos legitimarios y viudales, a llamadas a la sucesión intestada y a la condición de heredero fideicomisario (en este último caso, sin embargo, no parece que se pueda considerar un pacto sucesorio en sentido estricto, ya que la renuncia a la condición de heredero fideicomisario siempre se producirá una vez se haya abierto la sucesión del fideicomitente (v. art. 235 [CS](#) y 426-5 [Proyecto](#) del Libro Cuarto).

Ciertamente, los pactos de renuncia, especialmente en el ámbito de la legítima que, como enseguida se verá, es donde adquieren un protagonismo más destacado, pueden facilitar indirectamente la transmisión de la empresa familiar, en la medida en que evitan la fragmentación de la herencia. Es evidente, sin embargo, que en los ordenamientos denominados de legítima corta, como es el caso del catalán, este tipo de pacto no tiene consecuencias de orden práctico demasiado importantes ya que, desde la Constitución de 1585, «*Zelant la conservatió de las casas principals*» se ha venido posibilitando la acumulación patrimonial facultando al heredero para pagar la legítima en dinero o en bienes.

No obstante lo dicho, el art. 431-29 permitiría sostener que, si no se pacta otra cosa, la renuncia puede alcanzar también a los que derivan de la sucesión voluntaria, ya que de acuerdo con el apartado 2 del art. 431-30 “[l]a renúncia a la llegítima no es fa extensiva als drets successoris establerts voluntàriament pel causant a favor del renunciant en testament”, es decir, esta norma interpretativa permitiría sostener, a *sensu contrario*, que es posible la renuncia a los derechos sucesorios de carácter voluntario, siempre que se haga de forma expresa. Ésta, sin embargo, es una interpretación que quedaría fuera de las reglas de la lógica, ya que no tiene mucho sentido prever un pacto entre el causante y el hipotético beneficiario en el que éste renuncia a aquello que le pudiese atribuir el primero (los derechos sucesorios establecidos voluntariamente); es suficiente con no instituirlo heredero o con no favorecerlo con legados. Lo mismo se puede decir del pacto de renuncia entre el causante y alguno de los herederos ‘*ab intestato*’: en tal caso, basta con que aquél otorgue un testamento en el que instituya personas diferentes y, si acaso, que renuncie a la legítima.

Por otro lado, asimilar renuncia y transacción sobre derechos sucesorios no parece acertado, a pesar de que el vigente artículo 377 [CS](#) también las asimila. En efecto, el art. 1809 del [Código Civil español](#) define la transacción como el contrato por el que “las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada

una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que ya había comenzado”, de ahí que, excepto que la controversia hubiese surgido específicamente en relación con un pacto de institución (universal o particular) de los que producen efectos en vida del causante, difícilmente cabe pensar que una transacción afectará a derechos sucesorios; la regla es que éstos sólo surgen y, por lo tanto, sólo pueden generar controversia una vez ha muerto el causante, el cual, en vida, puede revocar la institución sucesoria. En resumen, fuera de las donaciones en concepto de legítima, de la institución contractual de heredero y de la atribución de bienes a título particular, también contractual, no se puede suscitar una cuestión relativa a derechos sucesorios que genere controversia judicial en vida del causante. Quizá lo que se ha querido reflejar aquí no es tanto que la controversia que origina la transacción recaiga sobre derechos sucesorios, sino la hipótesis que estos derechos formen parte de las recíprocas concesiones en las que se resolvería aquella hipotética transacción. Piénsese, por ejemplo, en un pleito ya planteado (o que pueda plantearse de forma inminente) sobre una reclamación de cantidad a la persona que es a la vez legitimario del acreedor y que, para evitar el pleito o finalizar el ya planteado, los interesados lleguen al acuerdo de que, a cambio de dar por extinguida la deuda, el legitimario renuncie a su derecho de legítima (en realidad habría una (con)donación en concepto de legítima).

La tercera de las modalidades de sucesión contractual, los *pactum hereditate tertii*, no constituye propiamente un pacto sucesorio ya que falta la voluntad sucesoria de quien realmente puede hacerla (de quien puede ordenar la sucesión en palabras del mismo [Proyecto](#)), sino que se trata de un acuerdo de distribución futura de la herencia de un tercero que, para que tenga efecto, es necesario que alguno de los contratantes llegue efectivamente a ser beneficiario de aquella herencia. De hecho, el [Proyecto](#) no los regula.

5.3. El pretendido carácter sinalagmático de los pactos sucesorios. ¿Resolución por incumplimiento o revocación?

Como acabamos de ver en el apartado anterior, los pactos sucesorios se caracterizan por el hecho que la voluntad del heredante de ordenar su sucesión queda vinculada con carácter irrevocable a otra voluntad (sea beneficiario o no de aquella sucesión) e incluyen también las convenciones por las cuales el futuro beneficiario de la herencia renuncia a algún derecho sobre ésta. Ello, sin embargo, no implica que necesariamente deban tener carácter sinalagmático; bilateralidad no quiere decir forzosamente reciprocidad.

Si nos remontamos a la historia más reciente, observamos que en la regulación de los heredamientos a favor de los contrayentes que se contenía en la [Compilación](#), heredante, heredado y las respectivas familias asumían la obligación de unir sus esfuerzos y trabajar para la casa, obligación que tenía la apariencia de corresponsabilidad. En mi opinión, ello no era así, es decir, no puede haber propiamente sinalagma entre la institución de heredero y la obligación de trabajar para la casa: el heredante instituía heredero al hijo que se casaba y ambos conjuntamente, con los respectivos consortes y los

hijos comunes, asumían la obligación de sumar su trabajo, ingresos y rentas a la atención de las necesidades de la casa (entendido, eso sí, como explotación económica familiar de carácter normalmente agrario). Todo ello bajo la dirección y libre administración del heredante. Era el llamado pacto o cláusula de unidad económica familiar, que se entendía implícito en los heredamientos a favor de los contrayentes.

Así lo reflejaba el art. 71 de la [Compilación de 1960](#) (que mantuvo la Ley 13/1984, de 20 de marzo), al disponer que “[E]ls heretaments a favor dels contraents s’entenen atorgats sota el pacte d’unitat econòmica familiar, per virtut del qual, llevat d’estipulació contrària, l’heretant, l’hereu i llurs consorts respectius i fills comuns contrauen l’obligació d’unir llurs esforços sota la direcció i lliure administració del primer, d’aportar a la comunitat familiar tots llurs ingressos i les rendes de llurs béns, per millor atendre a les necessitats de la casa i les particulars dels seus membres”.

En el año 1991, el [Código de Sucesiones](#) eliminó la presunción del pacto de unidad económica familiar y optó por la regla contraria: desde entonces, los heredamientos a favor de los contrayentes ya no se entienden otorgados bajo este pacto, sino que hay que estipularlo expresamente. Concretamente, el art. 75 [CS](#) (que se corresponde con el art. 71 [CDCC](#)) empieza afirmando que “[E]ls heretaments a favor dels contraents no obliguen l’hereu i l’heretant, ni les seves respectives famílies, a compartir una sola llar ni constituir una comunitat familiar. Això no obstant poden ésser atorgats sota el pacte d’unitat econòmica familiar”.

La Compilación no preveía los efectos del incumplimiento del pacto de unidad económica familiar ni menos aún, posibilitaba su resolución por incumplimiento; su art. 74 [CDCC](#) (que se corresponde con el art. 78 [CS](#)) se limitaba a decir que el heredante podía, con la aquiescencia de las personas necesarias para la modificación de las capitulaciones, salvo el heredero o, en su caso, los hijos que le sustituyeran en el heredamiento, *cuando a juicio suyo lo aconseje la conducta de éstos*, imponerles, en cualquier tiempo, y mediante escritura pública, limitaciones, prohibiciones de disponer, fideicomisos y pactos reversionales e, incluso, designar administrador de los bienes heredados. Por eso se puede concluir que en el derecho anterior (y, en la actualidad, si se ha estipulado este tipo de pacto) el incumplimiento solamente faculta al heredante para fijar controles o hacer más gravosa la institución y ello, a juicio valorativo del mismo heredante, pero no le faculta para resolver el contrato sucesorio. Sólo en caso de nulidad del matrimonio o disolución por divorcio, se prevé – art. 20.2 letra b) del [CF](#)– que el heredante pueda revocar el heredamiento a favor de los contrayentes si el heredero no continúa trabajando para la casa.

De hecho, este parece haber sido también el criterio jurisprudencial. En primer lugar, la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1987 (RJ 1987\724) resolvió que, a pesar de haberse acreditado completamente que “[a]proximadamente un año después del matrimonio, el actor no sólo se marchó de casa del heredante, sino que además desarrolló a partir de entonces una vida con total independencia y aplicó el producto de su actividad laboral al beneficio exclusivo de él y de su cónyuge, es lo cierto que dicho extremo carece de trascendencia como argumento dirigido a conseguir los efectos aquí pretendidos”. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que esta sentencia no entró en el fondo de la eficacia del pacto y que la razón que da para no tenerlo en cuenta es que el demandante no lo había pedido por vía de reconvención y que ni siquiera

lo había apuntado en su contestación. En un sentido parecido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 27 de mayo de 1999 (RJ 2000\4124) aún es más clara, cuando afirma que en la *“hipòtesi de què els capítols matrimonials en qüestió configuressin alguna mena d'establiment d'unitat econòmica familiar, mai no generaria la cessació de la convivència, en haver-se pactat així expressament, els radicals efectes pretesos, o sigui, ni més ni menys, que la resolució automàtica del pacte successori. A tot estirar, tal fenomen atorgaria als heretants la possibilitat de modificar la institució hereditària per alteració de la base negocial i a l'hereu contractual la facultat, en el seu cas, de reclamar aliments a l'heretant”*. Como mucho, tal fenómeno otorgaría a los heredantes la posibilidad de modificar la institución hereditaria por alteración de la base del negocio y al heredero contractual la facultad, en su caso, de reclamar alimentos al heredante”. Eso mismo había entendido en la jurisprudencia menor, la SAPB de 25 de abril de 1984, enfatizando especialmente la causa matrimonial que ha sido hasta ahora la base de los heredamientos y afirmando que el pacto de unidad económica familiar “[n]o constituye un aspecto básico o esencial de la institución del heredamiento, pues en aquellos sistemas jurídicos que, como el catalán, siguen una dirección ecléctica o transaccional, destaca con carácter relevante la celebración del matrimonio que viene a constituir la causa final, la razón legitimadora del heredamiento, de tal manera que salvo el caso de pactos concretos elevados a rango de condición resolutoria, sólo la no celebración del matrimonio o la nulidad del ya celebrado influyen en la subsistencia del aquél, siquiera sea obvio que la infracción de que se trata acarrea determinadas consecuencias jurídicas, cuales son la posibilidad de modificar el heredante las capitulaciones con arreglo al artículo 74 de la Compilación”.

Ni siquiera en caso que, a cambio de la institución, el beneficiario se hubiera obligado a tener cuidado del heredante o de su familia, es decir, hubiese una especie de contrato de alimentos vitalicios, podría considerarse que hay un verdadero sinalagma. Como tampoco lo hay si el instituido se obliga a trabajar, ya desde el mismo momento de la institución contractual, para la empresa familiar. La obligación de trabajar para la casa o empresa, o la de alimentar o mantener a la familia no es corresponsiva de la institución de heredero y no se puede asimilar al contrato de alimentos vitalicios.

De acuerdo con el nuevo alcance que se da a los pactos sucesorios y haciéndose eco, seguramente, de las críticas que un sector de la doctrina había dirigido al art. 75 CS (J. J. LÓPEZ BURNIOL, 1994, p. 357) el [Proyecto del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña](#) ha eliminado cualquier alusión expresa al pacto de unidad económica familiar (por contra, GONZÁLEZ BOU, 2005, p. 766 entiende que, convenientemente actualizado a las necesidades de la empresa familiar, dicho pacto puede cumplir una función muy destacada). Con todo, el [Proyecto](#) parece partir de la base de que todos los pactos sucesorios están causalizados, elevando, de una forma más bien imprecisa, a la categoría de causa del contrato las cargas o finalidades que se consideran determinantes del pacto y possibilitando el establecimiento voluntario de causas específicas de resolución que, a mi parecer, nada tienen que ver con una relación obligatoria sinalagmática. Ciertamente, nada excluye que puedan concurrir obligaciones de carácter recíproco, ya que el [Proyecto](#) admite la fijación de causas específicas de resolución, sin embargo, siendo así, entiendo que las expresiones ‘cargas’ y ‘finalidades’ no proceden cuando se aplican a relaciones sinalagmáticas, sino que más bien son propias de las atribuciones a título gratuito; prueba de ello es que ni las cargas ni las finalidades pueden ser objeto de ejecución forzosa. El precepto proyectado tampoco deja claro si la futura regulación de los pactos sucesorios presupone que estos siempre son finalistas y, por lo tanto, deben estar presentes en todo tipo de

heredamiento; en mi opinión, debe seguir siendo posible que heredante y heredado se limiten a pactar la mera institución de heredero, sin expresar una causa o finalidad concretas, pero eso comporta un riesgo evidente cuando se extiende más allá del círculo familiar.

El hecho de que el **Proyecto** haya optado por regular una acción que califica de resolución por incumplimiento y que ubica en sede de disposiciones generales, genera la apariencia de que los pactos sucesorios pueden tener carácter sinalagmático. Un análisis pormenorizado de esta regulación demuestra, sin embargo, que, más que una acción de resolución contractual, lo es de revocación por incumplimiento de cargas. En efecto, el art. 431-9 enumera los efectos de la resolución como si efectivamente fuera una acción que pudiese corresponder a ambas partes del contrato sucesorio (habla, en abstracto, de persona afectada por la resolución) pero, en realidad, cuando desarrolla las causas, vemos que éstas sólo se refieren a supuestos de incumplimiento por parte del instituido heredero. En fin, parece que el **Proyecto** configura siempre la resolución como una facultad del heredante; v., por ejemplo el art. 431-8 donde todas las causas de resolución que detalla sólo se explican desde el punto de vista del incumplimiento del instituido.

“Article 431-8. Resolució per incompliment

1. El pacte successori es pot resoldre unilateralment:

a) Per incompliment greu de les càrregues que hagin estat determinants del pacte.

b) Per les altres causes de resolució expressament pactades.

c) Per impossibilitat de compliment de la finalitat que hagi estat determinant del pacte i, en general, per modificació substancial de les circumstàncies que van constituir el fonament o base del pacte successori.

2. Les càrregues poden consistir en la cura i atenció de qualsevol dels contractants o d'un tercer. La finalitat pot consistir en el manteniment i continuïtat de l'empresa familiar o en la indivisió i transmissió del patrimoni professional. Tant les càrregues com la finalitat han de constar expressament en el pacte successori.

3. L'exercici de la facultat de resolució està sotmesa a un termini de caducitat de quatre anys”.

Como decíamos, el **Proyecto** no alude al pacto de unidad económica familiar, pero parece que éste puede quedar subsumido en el apartado 2 de este art. 431-8, según el cual la finalidad puede consistir en el mantenimiento íntegro de la empresa familiar. Por lo que respecta a las consecuencias del incumplimiento del pacto (aquello que, en expresión del art. 78 CS vigente, sería la conducta no adecuada de los hijos a la finalidad de la institución contractual) el **Proyecto** ha dejado a un lado el remedio de imponerles, en escritura pública, limitaciones, prohibiciones de disponer y pactos reversionales (en realidad, como son *a posteriori*, se pueden concebir como una especie de revocación), sino que ahora esta conducta inapropiada –mejor hablar de incumplimiento de las cargas o finalidades que pesan sobre el heredante- se canaliza por la vía de la resolución (más propiamente revocación). Sin embargo, ello no excluye la posibilidad de –si así lo cree oportuno el heredante- hacerla más gravosa acudiendo a remedios menos drásticos que ésta (como los del vigente art. 78 CS), ya que si el heredante puede lo más, que es revocar, puede también lo menos, que es hacer más gravosa la institución.

Se observa también que, mientras que en relación con las cargas que determinan la celebración del pacto sucesorio, el texto de la propuesta legislativa se refiere al incumplimiento grave, cuando se refiere a las finalidades emplea la expresión imposibilidad de cumplimiento. La imposibilidad, no es preciso decirlo, puede derivar de causas objetivas y, por lo tanto, no imputables a la conducta de las partes, o ser directamente atribuible a éstas y debería tener un tratamiento diferenciado. Por otro lado, por lo que respecta al heredante, el incumplimiento no se puede referir a la institución contractual de heredero, sino, si acaso, a la obligación que le acompaña asumida por él, como puede ser la de mantener al heredante y a su familia o, también, trabajar para la casa o empresa familiar. Ello no obstante, no acabo de ver qué interés puede tener el heredero contractual en ejercitar la acción de resolución por incumplimiento del heredante ya que lo más probable es que el ejercicio de dicha acción sólo a él le perjudique, dado que implica dejar sin efecto la institución.

Puede pasar también que el pacto sucesorio esté vinculado a la renuncia de derechos, de manera que si, por ejemplo, el favorecido no hace efectiva la renuncia, habrá incumplimiento y el causante podrá pedir la resolución.

Por lo que respecta a los efectos de la resolución, el art. 431-9 se limita a decir que el pacto queda sin efecto (como si todos los pactos sucesorios únicamente tuviesen efectos adquisitivos a partir de la muerte del causante) y obvia cualquier referencia a efectos restitutorios que se pueden plantear en el caso de los heredamientos que, como el cumulativo, por ejemplo, comportan una transmisión de bienes de presente. En cualquier caso, ésta es una norma que trata más bien del procedimiento para ejercitar la acción de resolución, y no de los efectos de ésta. Así, bajo la rúbrica más bien equívoca, 'Efectos de la resolución', en realidad se está fijando la forma en la que debe constar la voluntad de resolver, la notificación al interesado, el plazo del que dispone para oponerse, los efectos de la no oposición y los casos en que hay que instarla judicialmente. Concretamente, el art. 431-9 dispone:

"Article 431-9. Eficàcia de la resolució

- 1. La voluntat de resoldre el pacte successori ha de constar en escriptura pública i s'ha de notificar als atorgants del pacte.*
- 2. La persona afectada per la resolució s'hi pot oposar en forma autèntica en el termini d'un mes a comptar des de la recepció de la notificació. Si no s'hi oposa o mostra la seva conformitat a la resolució, el pacte queda sense efectes.*
- 3. Si la persona afectada s'oposa a la resolució, se'n desconeix el domicili o no ha estat possible la notificació, la part que insta la resolució pot interessar-la davant l'organisme jurisdiccional competent en el termini d'un any a comptar des de l'oposició o des que no s'ha pogut practicar la notificació."*

Debemos finalizar afirmando que, una vez más, el derecho catalán reacciona y pretende dar respuesta a la necesidad sentida de adecuar una institución como los heredamientos -consolidada por la práctica jurídica secular, pero prácticamente en desuso- a las necesidades sociales actuales, dando un perfil más adecuado para la transmisión intergeneracional de la empresa familiar. Habrá que estar atentos, sin embargo, al uso que se haga fuera de este ámbito empresarial y familiar, dado el riesgo que plantea la irrevocabilidad cuando se entrecruza con captaciones de voluntad.

6. Bibliografía

Rodrigo BERCOVITZ CANO (2002), "Sociedad nueva empresa", *Aranzadi Civil*, núm. 1/2003, pp. 1841 y 1842.

Timothy BLUMENRITT (2006), "The Relationship Between Boards and Planning in Family Businesses", *Family Business Review*, vol. XIX, núm. 1, pp. 65-72.

Hunter J. BROWNLEE (1995) "The shareholder's agreement: a contractual alternative to oppression as a ground for dissolution", *Stetson Law Review*, Vol. XXIV, 1995, pp. 267 -307.

F. CURIEL LORENTE, M. PARRA LUCÁN y J.A. YUSTE GONZÁLEZ DE RUEDA (2001), "La sucesión de la empresa familiar en el derecho civil aragonés", *Actas del XI Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*.

Ana FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA (2002), "Protocolo familiar: un instrumento para la autorregulación de la sociedad familiar", *Revista de Derecho de Sociedades*, pp. 89-113.

Ignacio GOMÀ LUZÓN (2005), "El protocolo familiar", en M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL (coord.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo IV, Bosch, Barcelona, pp. 653-707.

Emilio GONZÁLEZ BOU (2005), "Los heredamientos como forma de ordenación de la sucesión por causa de muerte de la empresa", en M. Garrido MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL (coord.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo II, Bosch, Barcelona, pp. 733 a 766.

Robert A. KESSLER (1967), "Drafting a Shareholders' agreement for a New York close corporation", *Fordham Law Review*, Vol. 35, pp. 625-676.

Albert LAMARCA MARQUÈS, Mireia ARTIGOT GOLOBARDES, Albert AZAGRA MALO y Esther FARNÓS AMORÓS (2006), "Separate Property and Family Self-Determination in Catalonia: A Changing Model?", en *The Role of Self-Determination in the Modernisation of Family Law in Europe*, Documenta Universia, Girona, p. 107.

Lluís JOU I MIRABENT (2005), "Los heredamientos y la transmisión del patrimonio familiar", en M. GARRIDO MELERO y J.M. FUGARDO ESTIVILL (coord.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial. Sus protocolos*, Tomo IV, Bosch, Barcelona, pp. 359 a 382.

Juan José LÓPEZ BURNIOL (1994), "Comentarios a los arts. 67-70", en Lluís JOU I MIRABENT (Coord.), *Comentarios al Código de Sucesiones de Catalunya. Ley 40/1991, de 30 de diciembre*, Bosch, Barcelona, pp. 327-413.

María Luisa PALAZÓN GARRIDO (2003), *La sucesión por causa de muerte en la empresa mercantil*, Tirant lo Blanch, Valencia.

José PUIG BRUTAU (1960), "Testamento del empresario", *R.D.P.*, Tomo XLIV, p. 845.

Antonio REVERTE NAVARRO (2004), "Sucesión 'mortis causa' en la empresa y sucesión legitimaria", Discurso leído el día 25 de junio de 2004, en el acto de recepción como académico de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia.

José Javier RODRÍGUEZ ALCALDE, Maribel RODRÍGUEZ ZAPATERO (2006), "El protocolo familiar: un juego de promesas", *La Notaría*, núm. 33, pp. 13-24.

Jorge. A. RODRÍGUEZ APARICIO y Carmelo AGUSTÍN TORRES (1999), "La Empresa Familiar y el Derecho Civil: aspectos matrimoniales y sucesorios", *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 12. 3ª época, p. 44.

Rafael SÁNCHEZ ARISTI (2006), "Propuesta para una reforma del Código civil en materia de pactos sucesorios", *Derecho de Sucesiones Presente u futuro. XII Jornadas de la Asociación de profesores de Derecho civil*, Murcia, pp. 477-541.

SECRETARÍA DE ESTADO DE ENERGÍA DESARROLLO INDUSTRIAL Y DE LA PEQUEÑA Y MEDIANA EMPRESA (2003), *Guía para la Pequeña y Mediana Empresa Familiar*, Ministerio de Economía, Madrid. Disponible en <http://www.ipyme.org/NR/rdonlyres/1F81338D-C6C4-440F-B3B9-532605CFDC7F/0/empresafamiliar.pdf>.

Juan B. VALLET DE GOYTISOLO (1970), "Contenido cualitativo de la legítima de los descendientes en el Código Civil", *Anuario de Derecho Civil*, pp. 9-121.

-- (1993), "Comentario al art. 826", en Cándido PAZ-ARES; Luis Díez-PICAZO; Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 2047 y ss.

Francisco VICENT CHULIÁ (2000), "Organización jurídica de la empresa familiar", *Revista de Derecho Patrimonial* 5/2000.

-- (2004), *El buen gobierno de las empresas familiares*, Thomson-Aranzadi, Cizur-Menor.

Paul WESTHEAD y Carol HOWORTH (2006), "Ownership and Management Issues Associated with Family Firm Performance and Company Objectives", *Family Business*, vol. XIX, núm. 4, pp. 301 y ss.