



Máster Universitario en Gestión Administrativa

Trabajo Fin de Máster

LA PLANIFICACIÓN SUCESORIA.

Presentado por:

María Begoña Requejo Lorenzo.

Dirigido por:

Prof. Dña. Arantxa Soler Lozano.

Septiembre 2023.

ÍNDICE.

1. RESUMEN.
2. METODOLOGÍA EMPLEADA.
3. DESARROLLO DEL TRABAJO.
 - 3.1. Proceso del testamento y tipos.
 - 3.2. Motivos para hacer un testamento.
 - 3.2.1. Protección del viudo/a.
 - 3.2.2. El Estado se queda con las herencias.
 - 3.2.3. Desheredar.
 - 3.2.4. Herederos con discapacidad.
 - 3.2.5. Sucesión empresarial.
 - 3.4. Legado digital.
 - 3.5. Testamento Vital.
 - 3.6. Bloqueo de cuentas del fallecido.
 - 3.7. Ejemplos prácticos.
4. DEFINICIONES.
5. CONCLUSIÓN.
6. BIBLIOGRAFÍA.

1. RESUMEN.

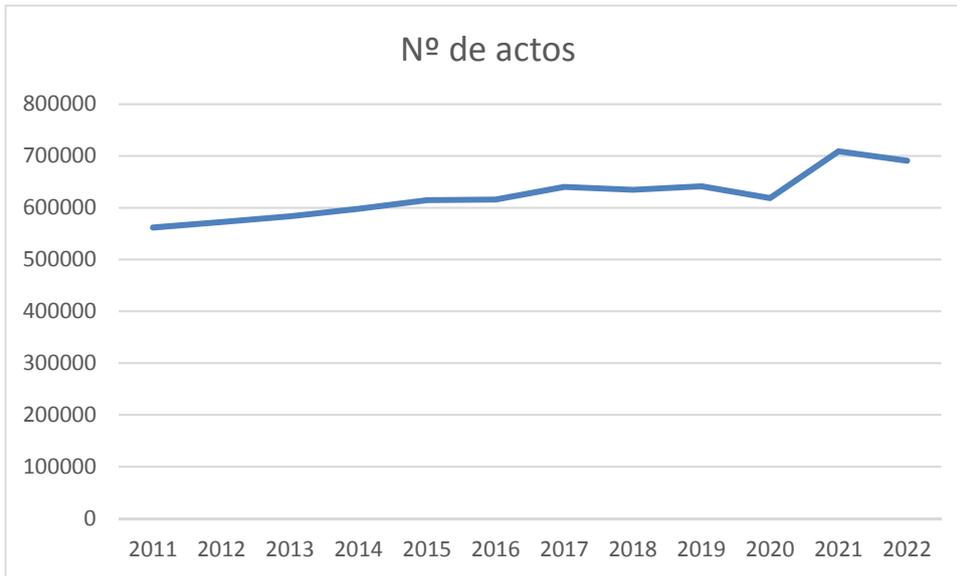
Llevo 18 años trabajando en banca, siempre en oficina atendiendo a clientes en muchas circunstancias de su vida, hay momentos de ilusión cómo cuando te traen a su pequeño para abrirle una cuenta, o cuando se compran su primer coche o una casa, momentos de incertidumbre cuando cambian las condiciones del mercado y les afecta económicamente, o se quedan en desempleo y no saben cómo afrontar los pagos, momentos en los que necesitan un asesoramiento especial porque quieren hacer alguna inversión, pero uno de esos momentos es muy delicado, y he de reconocer que me afecta bastante y es cuando entra tu cliente por la puerta cabizbajo acompañado normalmente de sus hijos y te comunica que su pareja ha fallecido y que vienen a “arreglar los papeles”. Pasado el momento emocional de la noticia y cuando empiezo a hablar de la documentación, de las primeras preguntas que hago es si hizo testamento, me sorprende que en la inmensa mayoría de las veces la respuesta es negativa. Esto suele complicarlo todo un poco más y en muchas ocasiones veo como según se va tramitando la testamentaría, esa familia que vino el primer día aparentemente unida a “arreglar los papeles” se va separando, discuten, unos quieren firmar y otros no. Cada vez es más habitual que haya segundos matrimonios y surgen a veces posiciones opuestas. Procesos que se bloquean y los herederos no pueden disponer del dinero, con el consiguiente perjuicio si alguno de ellos, normalmente, la viuda o el viudo necesitan disponer para sobrevivir.

Siempre pienso que si tuviéramos escritos nuestros deseos de cómo queremos que se transfiera nuestro legado en un testamento sería todo como queremos que sea, más sencillo y los herederos podrían centrarse en superar emocionalmente la pérdida. Sólo tendrían que respetar la decisión del testador, aunque soy consciente que esto no eliminaría los problemas, si creo que los reduciría.

Según los datos del Centro de Información Estadística del Notariado, podemos analizar el número de actos referidos al acto de Testamento Unipersonal Abierto que es el más habitual desde el año 2011 hasta el 2022. Vemos que ha ido aumentando de forma discreta desde el 2011 con 561.765 actos hasta el 2020 con 618.638 actos, viéndose un notable incremento del 14,62% del 2020 al 2021

a causa de la pandemia, con el incremento de muertes repentinas, aumentó exponencialmente el miedo de la gente a morir sin dejar su sucesión planificada.

(Gráfico realizado con datos del Centro de Información Estadística del Notariado)



Año	Nº de actos
2011	561765
2012	572461
2013	583639
2014	597985
2015	614839
2016	615822
2017	640381
2018	634872
2019	641369
2020	618638
2021	709082
2022	690867

Creo que no se hace mas el testamento por dos razones, una es que nos da miedo hablar del tema o por nuestra cultura no lo queremos tratar y otro es por total desconocimiento de como se hace un testamento y los problemas que puede evitar tan graves como, por ejemplo, dejar al viudo/a sin recursos.

Mi objetivo con este trabajo es centrarme en la intención del testador, saber cuál es su situación y que es lo que le preocupa cuando fallezca, como quiere repartir su legado. Puede preocuparle más la protección del viudo/a o si tiene algún

heredero con discapacidad que tiene mayores necesidades o si tiene una empresa familiar y le preocupa su futuro... Sabiendo la situación, explicarle las opciones que tenemos para conseguir cumplir sus deseos de la forma más sencilla posible. En el desarrollo del trabajo, iré analizando cada situación que se puede dar y explicaré que pasaría si no se hiciera testamento y que opciones podemos tener para afrontar esa situación.

2. METODOLOGÍA EMPLEADA.

He partido de la experiencia del día a día de mi trabajo, donde he tenido la oportunidad de abordar gran cantidad de situaciones que se han dado en el momento de iniciar el proceso del reparto de una herencia. He podido ver los problemas y conflictos que se han generado y la diferencia que había si existía testamento o no. Con este objetivo también he analizado mi entorno pues es un tema que de forma más directa o menos todos hemos conocido.

Una vez detectado cada situación que se puede dar o cada objetivo que puede perseguir el testador he procedido a realizar una investigación en páginas web y autores para ver las opciones posibles para hacer una planificación sucesoria acorde con la intención del testador.

Para los ejemplos de sentencias y jurisprudencia he utilizado la base de datos de Aranzadi a través de la biblioteca de la Universidad.

3. DESARROLLO DEL TRABAJO.

3.1. PROCESO DEL TESTAMENTO Y TIPOS.

En contra de la creencia popular, el proceso para hacer un testamento es realmente sencillo, hay que acudir a un notario con el DNI o pasaporte y dejar por escrito como queremos que se reparta nuestro patrimonio. La verdadera dificultad está en decidir cómo se quiere hacer ese reparto. Hay testamentos que por las circunstancias del testador pueden ser muy sencillo, por ejemplo, si solo existe un

heredero y se desea dejarlo todo a él. Pero hay otras circunstancias que pueden ser más complejas como tener herederos con necesidades especiales y otros no, querer desheredar a alguno de los herederos, tener una pequeña empresa familiar para estos casos, es recomendable acudir a un asesor que nos pueda orientar sobre cómo podemos hacer la planificación sucesoria.

Una vez tengamos claro cómo queremos que se reparta nuestra herencia, se lo comunicaremos al Notario y será éste el que lo redacte por escrito y proceda a su autorización indicando lugar, fecha y hora del otorgamiento del testamento. Es un acto personalísimo, salvo casos excepcionales que veremos más adelante, no se requieren testigos. Y es revocable, se puede modificar cuantas veces se quiera y cuando se quiera. Los requisitos son, ser mayor de 14 años (si se trata de testamento ológrafo se exige 18 años) y estar en su sano juicio.

Respecto al contenido, no es necesario hacer un inventario de bienes y decidir a quién queremos dejar cada cosa, bastaría con especificar como queremos repartir cada parte respetando siempre la legítima. Otra cosa importante que podemos especificar es, en caso de nuestro fallecimiento quien queremos que sea el tutor de nuestros hijos. Así como otras muchas disposiciones. Su contenido puede ser muy amplio, de ahí la necesidad de acudir a un asesor para hacerlo conforme a nuestros deseos.

Respecto al coste de hacer un testamento, está entorno a los 40/80€, una cantidad no muy elevada teniendo en cuenta la relevancia del acto, por lo que por tema económico no debería ser motivo para dejar de hacer el testamento.

Existen tres tipos de testamentos comunes, abiertos, cerrados y ológrafos.

Testamento abierto: es el más habitual, el testador expresa su última voluntad ante Notario. Está regulado en los artículos 694 a 705 del código civil y sus requisitos son:

- El Notario tiene que identificar al testador
- Indicar fecha y hora.

- El testador firma y da conformidad al testamento.
- El Notario tiene que verificar que el testador tiene capacidad legal suficiente para otorgar el testamento.
- Harán falta dos testigos cuando el testador declare que no sabe o no puede leer ni firmar el testamento, cuando sea ciego o cuando el testador o el Notario lo solicite.

En caso de peligro de muerte o de peligro de epidemia se podrá hacer sin presencia de Notario (art. 700 y 701 del Código Civil) pero si harán falta testigos, 5 para el primer caso y 3 mayores de 16 años para el segundo.

Testamento cerrado: el testador no revela su voluntad, ésta se recoge en el documento que entrega al Notario. Se encuentra regulado en los artículos del 706 al 715 del Código Civil, debe ser escrito y firmado por el propio testador. Si no sabe o no puede firmar se lo puede encargar a un tercero detallando siempre cual es la causa de la imposibilidad.

Testamento ológrafo: es aquél que está escrito por el propio testador, tendrá que cumplir con los requisitos del Código Civil en sus artículos del 688 al 693.

- Ser mayor de edad.
- El testador lo escribirá de su puño y letra.
- Tiene que estar firmado y fechado.
- Se podrá escribir en idioma natal si el testador es extranjero.

Otro tipo de testamentos, son los especiales de los artículos del 716 al 736 del Código Civil. Testamento militar, marítimo y hecho en país extranjero.

3.2. MOTIVOS PARA HACER UN TESTAMENTO.

Dentro de este punto analizaremos los motivos para hacer un testamento que pueden ser de muy diversa índole, en cada motivo veremos, que pasaría si no hay testamento, que podemos solucionar si lo especificamos en el testamento y cómo hacerlo bien para que finalmente se lleve a cabo ese objetivo concreto con los menores problemas posibles.

3.2.1. PROTECCIÓN DEL CÓNYUGE VIUDO.

El art. 834 del Código Civil, establece que el viudo hereda el usufructo del tercio de mejora cuando no este separado legalmente o de hecho del causante y concorra con descendientes.

La legítima del cónyuge viudo dependerá de con que herederos concurre al reparto de la herencia:

- Puede concurrir con descendientes, en ese caso heredará el usufructo del tercio de mejora.
- También puede concurrir con hijos solo del causante: heredará el usufructo del tercio de mejora y puede pedir que sea satisfecho, a elección de los hijos, con capital en efectivo o un lote de bienes hereditarios.
- Para el caso que no hay descendientes, pero sí que hay ascendientes, heredará el usufructo de la mitad de la herencia.
- Y si no existieran ni descendientes ni ascendientes heredará dos tercios de la herencia.

La propiedad de un bien se compone de la suma del usufructo vitalicio más la nuda propiedad, en el caso del usufructo viudal, la nuda propiedad corresponderá a los herederos y al cónyuge viudo/a el usufructo vitalicio. Por tanto, el usufructo es el derecho a usar y disfrutar un bien ajeno, con la obligación de conservar su forma y sustancia a no ser que el título de su constitución o la ley autorice otra cosa, el titular del derecho se llama usufructuario. Lo más habitual cuando se trata del usufructo del cónyuge viudo es que se haga una valoración y se pague en dinero en efectivo. En este sentido el Código Civil delimita en los art. 839 y 840, cómo pueden el resto de los herederos satisfacer la parte del usufructo al viudo/a. Podrá ser por medio de una renta vitalicia, o asignando determinados bienes o un capital en efectivo. En defecto de acuerdo podrá ser por mandato judicial y mientras no se alcance un acuerdo, la totalidad de los bienes de la herencia estarán afectos a la parte del usufructo que corresponda al cónyuge viudo/a. Estos artículos también establecen que si el viudo/a concurre solo con hijos del causante

podrá ser él quien exija que el derecho de usufructo le sea satisfecho, a lección de los hijos, asignándole un capital en dinero o un lote de bienes hereditarios.

El usufructo se puede dejar sobre bienes inmuebles, dinero u otros derechos, para su valoración no podemos acudir al Código Civil pues no menciona nada al respecto, tendremos que atender a la normativa fiscal. Se establece en los art. 49 del Reglamento del ISD y art. 10 texto refundido de la Ley del ITPAJD la fórmula para calcularlo, pero para simplificar, en la práctica se utiliza la Regla del 89 que consiste en restar a 89 la edad del cónyuge viudo cuando fallece el causante de la herencia y multiplicar este resultado por 1% del valor total. Explico el siguiente ejemplo a modo de aclaración:

Si tenemos una vivienda valorada en 200.000€, la edad del cónyuge viudo son 80 años. Tenemos que restar $89-80=9$ y multiplicar por el 1% del valor total.
 9% de 200.000€ = 18.000€

PROPIEDAD/ PLENO DOMINIO = 100%. 200.000€

USUFRUCTO VITALICIO = 9%. 18.000€

NUDA PROPIEDAD = PROPIEDAD/PLENO DOMINIO - USUFRUTO VITALICIO = 95%. 182.000€

En este caso, vemos como el cónyuge viudo se puede quedar sin casa donde vivir y darle solo por ello 18.000€ que no le será suficiente ni para comprar otra casa ni para alquilar el resto de su vida, se quedaría en una situación de desamparo.

En muchos casos se desconoce que lo que hereda el cónyuge viudo es el usufructo en mayor o menor medida si existen o no descendientes y ascendientes. Para calcular el usufructo hay que ver la edad del cónyuge superviviente por lo que sí es muy mayor puede darse el caso que se quede desamparado porque el usufructo es menor cuanto mayor edad tenga el cónyuge supérstite, como hemos visto en el ejemplo anterior.

La idea de muchos de los matrimonios es que al fallecimiento de uno de los cónyuges el otro herede todo y cuando este a su vez fallezca también, sea cuando hereden los hijos porque entienden que el patrimonio constituido es cosa de los

dos y que son ellos quienes lo tengan que gestionar hasta que, a la muerte de ambos, pase a los hijos. Pues bien, esta idea de “lo del uno para el otro y después para los hijos” no es posible, la ley no lo permite, lo que deja uno de los cónyuges al otro no es la propiedad de los bienes que componen la herencia si no el usufructo por lo que no podrá realizar actos de disposición de estos bienes como vender, hipotecar o donar sin la autorización de los hijos. Puede ser que los hijos quieran cumplir con los deseos de sus padres y renuncien a su parte, pero esto no está exento de problemas porque será tratado como una donación y hará falta que renuncien todos los hijos, que se redacte el testamento de modo que no se nombre sustituto para el caso de renuncia y que no haya ascendientes. Esta renuncia solo cabe cuando fallece uno de los cónyuges, no antes, mientras ambos viven.

Las opciones que hay para proteger a la persona viuda en un testamento son:

TERCIO DE LIBRE DISPOSICIÓN

Hay un tercio de la herencia que el testador puede decidir libremente cómo repartirlo entre familiares o no familiares, una opción sería designarle esta parte al cónyuge viudo.

“CAUTELA SOCINI”

El Diccionario del Español Jurídico contiene la definición de la “cautela socini” que consiste en que el testador tiene facultad para delimitar una disposición testamentaria que haga que sea necesario aceptarla para disponer de la herencia. No se debe entender como que se establece un gravamen sobre la legítima (eso no está permitido). La cautela socini lo que hace es mejorar la legítima si se acepta la disposición del testador y si no se acepta el heredero recibirá la estricta legítima.

La cautela socini se puede utilizar para ampliar el usufructo viudal, estableciendo que el viudo/a reciba el usufructo universal y vitalicio de todo el caudal hereditario y no solo del tercio de mejora cuando concurre a la herencia con hijos comunes o descendientes del causante. Los hijos, como compensación recibirán una porción

superior a la legítima estricta que establece la ley, es decir, cuando fallezca el viudo/a además de mantener la nuda propiedad también tendrán el pleno dominio de toda la herencia. Si uno de los herederos no acepta la disposición e impugna el testamento, su parte se reducirá a la estricta legítima y el resto se revertirá al resto de herederos que si acepten la limitación. Para el caso que todos los herederos impugnen el testamento, todos recibirán la estricta legítima y el viudo, si así se pone en el testamento podrá recibir el tercio de mejora y de libre disposición.

La cautela sociniana también se puede utilizar para cuando hay cualquier disposición del testador, prohibir a los herederos y legatarios acudir a los tribunales e impugnar el reparto que ha establecido el causante. En caso de ser así, los herederos recibirían la estricta legítima, perderían la mejora y la recibirían los herederos que no impugnen. La limitación para acudir a los tribunales es solo impugnar el reparto de la herencia, si se podría acudir para impugnar otras cuestiones como la omisión de bienes hereditarios, o la adjudicación sin hacer previamente liquidación de bienes.

La cautela socini no se encuentra regulada por el Código Civil ya que el art 813 establece que no se podrá privar a los herederos de su legítima ni gravar, ni imponer una condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al usufructo del viudo y lo establecido en los artículos 72 y 808.

Esta cautela, se encuentra regulada por la jurisprudencia (sentencias TS 3-dic-2001, 10-jul-2003, 21-nov-2011y 3-sep-2014), el Tribunal Supremo no la considera una cláusula ilícita debido a que el testador ofrece una condición que puede ser aceptada o rechazada por el heredero, no suponiendo una obligación. El derecho a la legítima está garantizado, queda en su voluntad aceptar la cláusula y tener una herencia mayor o acudir a los tribunales y recibir la legítima estricta.

Ejemplo de cautela socini:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante número 261/2016 de 10 junio. En ella se analiza si el derecho de habitación vulnera la legítima de los coherederos. El testador deja a su hija el derecho vitalicio de habitación sobre su vivienda, único bien de la herencia, los coherederos denuncian el reparto por atentar contra su legítima al establecerse un gravamen. El tribunal desestima el recurso porque

existe una cautela socini por la cual si alguno de los herederos no acepta la condición que ha puesto el testador recibiría la legítima estricta y perdería la mejora que recibe al aceptar la disposición del testados, por tanto, no considera afectada la legítima estricta.

LA CONMUTACIÓN DEL USUFRUCTO VIUDAL EN EL TESTAMENTO.

El art. 839 permite a los herederos satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes o un capital en efectivo. Cuando el testador establece el usufructo vitalicio y universal en favor del cónyuge, éste no puede ser obligado a aceptar en su lugar un capital en dinero a tenor del art 675 del código civil que establece que las disposiciones testamentarias deberán interpretarse conforme a la voluntad del testador.

Hay que tener en cuenta que existe la posibilidad de que los herederos abonen el valor del usufructo al usufructuario, aunque no exista acuerdo y esto puede dejar en situación desprotegida al cónyuge viudo. Se trata cuando el usufructo es sobre el tercio de mejor que prevé el art 834. Los herederos pueden pretender la liberalización del tercio de mejora con la capitalización del usufructo abonándole al viudo/a un capital en efectivo, en caso de acuerdo e incluso, sin anuencia del viudo/a, por mandato judicial. Esto supondría, por ejemplo, si el hogar familiar era del cónyuge fallecido, los herederos pueden conmutar el usufructo del cónyuge viudo/a por dinero en efectivo lo que le dejaría sin poder continuar viviendo en el domicilio familiar del matrimonio. Se le puede proteger si se incluye la prohibición de conmutación en el testamento.

También es muy importante especificar en el testamento la opción de conmutar el usufructo viudal por un tema fiscal. Según la consulta V0297-21 de 18 de febrero de 2021 la Dirección General de Tributos hizo extensivo al Derecho Común (eran supuestos del derecho catalán) las sentencias del tribunal supremo 1248/2020, de 1 de octubre de 2020. 1112/2020, de 23 de julio de 2020, y 1113/2020 de 23 de julio de 2020 por las que en la interpretación del art 57 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, el pago de la legítima viudal con entrega de bienes en pleno dominio, la Dirección General de Tributos, establecía que se pueden dar dos situaciones diferentes:

- El testador refleja su voluntad de la conmutación del usufructo universal con bienes en pleno dominio al cónyuge viudo, es decir, no es decisión de las partes, se tributará solo por sucesión porque no se produce un negocio jurídico distinto al de la adquisición de la herencia.
- Cuando el testador no impone la conmutación del usufructo universal con bienes en pleno dominio al cónyuge viudo, si no que se hace por una voluntad de las partes se entiende que hay un negocio jurídico distinto al de la adquisición de la herencia por lo que se tributará por sucesiones por la adquisición de la herencia y por ITP por la permuta de la propiedad y el usufructo.

EL DERECHO DE ADJUDICACIÓN PREFERENTE DE LA VIVIENDA CONYUGAL

Con el fin de proteger la posición del cónyuge sobreviviente respecto al resto de los herederos con relación a su vivienda conyugal que es la que le proporciona estabilidad personal por ser el hogar de la vida familiar, el artículo 1406-4 del Código Civil atribuye al viudo/a el derecho a adjudicarse, en el momento de liquidar la sociedad de gananciales, la vivienda donde tuviese la residencia habitual del matrimonio. En el caso que el valor de la adquisición superase el haber que le corresponde en la liquidación de los gananciales, deberá el cónyuge adjudicatario abonar la diferencia en dinero a los herederos.

LA FIDUCIA SUCESORIA DEL ARTICULO 831 DEL CODIGO CIVIL.

La fiducia sucesoria atribuye al cónyuge viudo amplias facultades para repartir entre los hijos la herencia del fallecido, esta institución jurídica está muy arraigada en los derechos forales. El Código Civil ha dado entrada a esta figura jurídica para adaptarse a los cambios de la sociedad y los nuevos conceptos de familia.

Esta figura está presente en el art. 831 del Código Civil, tras la redacción dada al mismo por la ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las

personas con discapacidad. El objetivo de la reforma fue dar un instrumento jurídico a los padres de discapacitados para su mayor protección respecto al resto de herederos y flexibilizar el sistema legitimario del Código Civil.

Esta figura permite a aquellas parejas que así lo decidan, proteger la posición del cónyuge viudo de forma que pueda disfrutar del patrimonio de la herencia mientras esté vivo y decidir el destino final del mismo. Esta atribución de facultad se debe indicar en el testamento entre progenitores respecto a los hijos comunes tanto si los cónyuges están casados entre sí o no. El cónyuge fiduciario puede hacer uso de esta facultad en un solo acto o en varios e incluso puede ejercerla en su propio testamento. El plazo es el indicado por el testador o en su defecto 2 años desde el inicio de la apertura sucesoria o desde la emancipación del último de los hijos comunes. Se extingue si el fiduciario contrae nuevo matrimonio, tiene una relación afectiva análoga a la matrimonial o tiene un hijo no común.

El fiduciario tiene facultades para repartir los bienes de la herencia entre los hijos comunes, con los límites que el testador haya establecido. Dentro de estas facultades podrá con cargo al tercio de mejora o al tercio de libre disposición mejorar a uno de los hijos en detrimento de los demás. También podría adjudicar bienes concretos, por cualquier título a cualquiera de los hijos comunes y pueden ser bienes del fallecido, bienes del propio cónyuge fiduciario o de la sociedad de gananciales pendientes de liquidar.

Estaría también facultado el fiduciario para hacer particiones de los bienes de la herencia o demorar la partición hereditaria por circunstancias familiares diferentes de las del momento del fallecimiento. Siempre tiene que respetar la legítima estricta de los hijos, puede pagarla con bienes propios, no es obligatorio que sea con bienes del fallecido.

Desde el momento del fallecimiento del otro progenitor, el fiduciario podrá administrar los bienes de la herencia hasta el momento en que ejercite las facultades que le han sido atribuidas.

¿CUÁL ES LA MAYOR PROTECCIÓN QUE SE PUDE OFRECER AL CÓNYUGE?

La voluntad de las personas de cómo repartir sus bienes en el momento del fallecimiento está muy limitado por el sistema legitimario tan restrictivo del Código Civil Español que cada vez, se está alejando más de las necesidades de las nuevas realidades de las familias actuales.

Según hemos visto la protección máxima legalmente posible que podemos darle al cónyuge viudo es, hacer una combinación de la fórmula de la cautela socini adjudicándole el usufructo universal, nombrarle fiduciario para que tenga las facultades de distribución de los bienes entre los descendientes comunes y además con la posibilidad de continuar en el domicilio familiar como propietario o como titular de un derecho de uso.

De esta forma, le damos al cónyuge plenas facultades decisorias sobre el patrimonio familiar. Así podrá disponer de él mientras viva y lo administrará hasta el momento de su adjudicación a los descendientes comunes. Decidirá el momento y la forma de distribución del patrimonio familiar entre los hijos descendientes comunes según las necesidades de cada uno.

3.2.2. EL ESTADO SE QUEDA CON LAS HERENCIAS.

Cuando una persona fallece y no tiene testamento hecho se procede a abrir una sucesión intestada, esto significa que la herencia se adjudicará por el orden sucesorio que establece la Ley en el Código Civil en sus artículos 943 y siguientes.

Los familiares serán llamados en este orden a heredar:

1. Nietos o demás descendientes. En el caso de haber fallecido los hijos, pero si haber nietos, estos ocuparan su lugar y heredarán por estirpe recibiendo así la herencia que le correspondería a su madre o su padre. Así, por ejemplo, el fallecido tiene 5 nietos, 3 por parte de su hijo y 2 por parte de su hija. La herencia se dividirá en dos partes, una para los nietos por parte de

su hijo y la otra mitad para los nietos por parte de su hija.

2. Padres o los demás ascendientes. Si el fallecido no tiene descendencia, los llamados a heredar serán los padres primero y si no tiene los abuelos.

Consideraciones a tener en cuenta:

- El padre y la madre heredan a partes iguales.
- Si solo sobrevive un de los padres este recibe la herencia completa. En este caso los abuelos no heredarían lo correspondiente a su hijo, es una diferencia con respecto al orden si se trata de descendientes.
- Cuando no hay padre ni madre, los siguientes serían los abuelos, teniendo en cuenta que, si existen varios ascendientes de igual grado y que pertenecen a la misma línea, la herencia se divide entre ellos por cabezas, por ejemplo, si solo heredan abuelos paternos y hay tres, la herencia se divide entre tres. Si los ascendientes son de distintas líneas, pero de igual grado, la mitad corresponde a los ascendientes paternos y la otra mitad a los maternos, independientemente de que en una línea haya dos personas y en otra 1. Y, por último, dentro de la misma línea, la división se hace por cabezas.

3. Cónyuge, cuando no hay ni descendientes ni ascendientes, toda la masa hereditaria es heredada por el cónyuge siempre que no estuviera separado de este, ni legalmente ni tan siquiera de hecho.

4. Hermanos, si no hay ninguno de los anteriores familiares, heredan los hermanos del fallecido. Teniendo en cuenta:

- Los de doble vínculo por partes iguales.
- Si concurren hermanos y sobrinos, que son hijos de hermanos de doble vínculo (que han fallecido), los hermanos heredan por cabeza y los sobrinos por estirpes, es decir, lo que hubiera recibido su progenitor.
- En el caso de hermanos de doble vínculo o llamados medio hermanos (los que lo son solo por parte de madre o solo por parte de padre), los de doble vínculo heredan doble porción que los que son solo de padre o madre.
- Si solo hay medio hermanos, unos por parte de madre y otros por

parte de padre, todos heredarán por partes iguales.

- Los hijos de los medio hermanos suceden por cabezas o estirpes, en función de lo establecido para los hermanos de doble vínculo.
5. Sobrinos, si no hay ninguno de los familiares anteriores, entonces heredan los sobrinos y lo hacen por representación y por tanto, por estirpes.
 6. Parientes colaterales hasta el cuarto grado, si no hay ninguno de los familiares mencionados anteriormente. Serán los tíos, primos, tíos abuelos y sobrinos nietos. Los parientes más próximos por partes iguales. En este caso, no se distinguen líneas y no habrá preferencias por razón de doble vínculo.

El derecho a heredar por parentesco finaliza aquí, no se llegaría por ejemplo a primos segundos.

7. El Estado. Regulado el art. 956 del Código Civil indica que, cuando se agota la lista de posibles herederos, el beneficiario de los bienes de la persona fallecida es el Estado. Por ley destinará un tercio a organizaciones benéficas, de acción social y profesional, públicas y privadas, de ámbito municipal. Otro tercio a instituciones similares, de ámbito provincial y el último tercio a cancelar deuda pública, salvo que el Consejo de Ministros determinante otra aplicación.

Existen incentivos que establece la Administración Pública para aquellos particulares que les comunican la existencia de alguna herencia que le correspondería a la propia Administración, consistiría en que, si el Estado hereda, el particular que lo comunicó recibiría un 10% del importe del patrimonio.

Según noticia de El País el estado ha recaudado más de 154 millones de euros desde el año 2000 en más de 1.500 herencias sin herederos. El caso de mayor importe es el de Maricarmen Azcona que murió en 2014, una abogada comunicó al Estado que no tenía herederos, la herencia era de 6,3 millones y la abogada se embolsó 600.000€ por comunicarlo. Posteriormente Luisita, se ha querellado contra el Estado alegando que ella es prima de Maricarmen y está solicitando la anulación de la sentencia de 2016 por la que se adjudica la herencia al Estado.

En definitiva, cuando no hay descendientes ni ascendientes de ningún grado de

consanguinidad, los artículos 943 y 944 del Código Civil establecen que heredarán el cónyuge y los parientes colaterales, como los hermanos y sobrinos. Siempre que el cónyuge no esté separado legalmente o, de hecho (art. 945 Código Civil). Y finalmente siempre que no hay familiares de ningún grado, los bienes pasarán a manos del Estado. En estos casos es fundamental hacer un testamento porque así se designará la persona o personas que serán los herederos y así evitaremos que llegue a personas que no queremos o al Estado si no es nuestro deseo.

3.2.3. DESHEREDAR.

En ocasiones las circunstancias de la vida llevan a las personas a querer desheredar a algún familiar y son muchas las dudas que surgen en torno a esta decisión, en este punto intentaré resolver las más frecuentes.

Para abordar este tema, lo primero que tenemos que hacer es diferenciar entre herencia y legítima. Herencia, sería el patrimonio que tiene una persona cuando fallece y legítima, es la parte de ese patrimonio que el testador está obligado a reservar a los herederos forzosos, por tanto, tendremos herederos que serán los que el testador decida que hereden y para que no hereden basta con no nombrarlos en el testamento y legitimarios que son los que por ley tienen que heredar y se debe cumplir unos requisitos establecidos legalmente por los que el testador pudiera negarle recibir su parte de la herencia legítima, esto es lo complejo y normalmente a lo que nos referimos con desheredar.

Según lo visto, solo se puede desheredar a los herederos forzosos que establece el Código Civil en su art. 807, hijos y descendientes, a falta de estos, padres y ascendientes y el cónyuge viudo. Para realizarlo, hay que hacer un testamento en el que se especifique y justifique, con algunas de las causas fijadas por ley, que legítimo se quiere desheredar. Éste podrá negar la causa y corresponderá a los herederos probarla. Si la desheredación no se hace según establece la ley, el legítimo desheredado podrá reclamar su legítima herencia.

CAUSAS LEGALES PARA DESHEREDAR.

La ley establece los límites para casos claros y graves por los que se podría

desheredar a un legitimario, se dividen en generales o específicas, el Código Civil las detalla en los artículos 853, 854 y 855, más las de incapacidad por indignidad para suceder, señaladas en el artículo 756 con los números 1º, 2º, 3º, 4º y 6º.

Causas genéricas de desheredación.

Se concretan en las causas de indignidad para suceder del artículo 756.

1. Condenado por atentar contra la vida del testador, su cónyuge, ascendientes o descendientes.
2. Condenado por delitos contra la libertad del testador, su cónyuge, ascendientes o descendientes.
3. Condenado por denuncia falsa de delito grave del testador.
4. Obligar al testador, con amenazas, fraude o violencia, a hacer testamento o a cambiarlo.
5. Impedir a otro, por iguales medios, hacer testamento o revocar el que tenga hecho, o suplantar, ocultar o alterar otro posterior.

Causas específicas para desheredar a los hijos y descendientes.

Se incorporarían a los motivos 2, 3, 4 y 5 del punto anterior los siguientes (art. 853 C.C.):

1. Negar los alimentos al padre o ascendiente que le deshereda.
2. Haber maltratado de obra o injuriado gravemente de palabra al padre o ascendiente que le deshereda.

Causas específicas para desheredar a los padres y ascendientes.

Además de las causas genéricas, existen causas concretas para desheredar a los padres y ascendientes (art. 854 C.C.):

1. Haber perdido la patria potestad por las causas expresadas en el artículo 170.
2. Negar los alimentos a sus hijos o descendientes.
3. Atentar uno de los padres contra la vida del otro, si no hubiere habido entre ellos reconciliación.

Causas específicas para desheredar al cónyuge.

Las vistas como genéricas y además (art. 855 C.C.):

1. Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales.
2. Las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad, conforme el artículo 170.
3. Haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge.
4. Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación

El desheredado será privado de su legítima que será recibida por el resto de los herederos. Si el desheredado hubiera recibido donaciones en vida solo las perderá si el hecho de desheredación fuera causa también de revocación de la donación.

Desheredación injusta.

En el art. 851 del Código Civil podemos encontrar los motivos por los que una desheredación puede resultar injusta, cuando:

1. No se expresa la causa de desheredación o no está suficientemente motivada.
2. El resto de los herederos no consiguen probar la causa de desheredación, La carga de la prueba corresponde al resto de herederos, art. 850 del Código Civil.
3. La causa no es una de las delimitadas en los arts. 852 a 855 del Código Civil.

El desheredado podría impugnar el testamento si se dan alguna de estas 3 situaciones. El juez tendrá que declarar la desheredación injusta y podría recibir la legítima, se mantendría la validez del resto de disposiciones que no afectan a la legítima. Si fuera el único legitimario del testador recibirá también la legítima larga.

Conflictos en la interpretación, jurisprudencia:

Si bien parece estar claramente delimitado las causas para poder desheredar a un heredero, en la práctica es confuso y complicado poder alegar alguna de estas

causas para la desheredación. En este sentido tenemos diferente jurisprudencia en la que se ha planteado la controversia de la desheredación, como la Sentencia del TS 419/2022 de 24 de mayo de 2022, Rec. 577/2019. En esta el TS desestima el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de 5 de diciembre de 2018 por la Audiencia Provincial de Burgos, Sección Tercera, en el rollo de apelación nº 360/2018, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 126/2017 de Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Aransa de Duero. En esta sentencia, se da la razón a unas nietas desheredadas que interponen denuncia de anulación de testamento basado en la no concurrencia de la causa de desheredación invocada. Tal causa era desheredar a sus nietas por haberla maltratado de obra según lo establecido en la causa 2ª del artículo 853 del Código Civil. La abuela había hecho el testamento una vez que su hijo falleció, estaba separado de la madre de sus nietas y la abuela y ellas habían perdido la relación desde entonces hasta tal punto que no acudieron al entierro de su padre. Las nietas declaran que la abuela, en el momento de separación de sus padres, las desahució a ellas y su madre de la casa en la que habían vivido toda la vida, que ellas no han provocado el distanciamiento y que ellas heredan a su padre fallecido por sucesión en su posición de heredero. La hija de la abuela interpone recurso de tasación basado en la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en cuestiones y puntos que son la ratio decidendi de la Sentencia recurrida. En la sentencia se compara con la sentencia del TS 258/2014 de 3 de junio en la que si se admite la misma causa de desheredación, pero hace una apreciación, que en este caso si se demuestra daño psicológico porque el padre fue desatendido durante 7 años que tuvo una enfermedad que no le permitía valerse por si mismo. En el caso que nos ocupa no se demuestra que haya habido daño psicológico de las nietas a la abuela a causa del distanciamiento por lo que se desestima el recurso en favor de proteger la legítima de las nietas ya que no puede quedar a la voluntad del testador retirar la legítima sin “justa causa”.

Sin embargo, como curiosidad en el Código Civil Catalán si que se especifica como una de las causas para desheredar la ausencia de relación, siempre que sea manifiesta y continuada en el tiempo y por causa exclusivamente imputable al legitimario.

Reconciliación.

En caso de reconciliación, queda regulado por el art. 856 del Código Civil quedaría sin efecto la desheredación ya hecha, pero debe quedar suficientemente acreditado por quien la alega, a través de cualquier medio admitido en derecho.

3.2.4 HEREDEROS CON DISCAPACIDAD.

Estamos viendo la importancia de hacer un testamento para que nuestros deseos con respecto al reparto de nuestro legado se cumplan a nuestro fallecimiento, pero hay una situación en la que somos más sensibles si cabe a este respecto y es cuando uno de nuestros herederos y de quien nos estamos haciendo cargo en vida tiene una discapacidad y queremos dejarle protegido cuando faltemos.

En los últimos años ha aumentado la conciencia y sensibilidad social sobre la discapacidad y se ha legislado conforme a ello, la última ley en nuestro país al respecto es la Ley 8/2021 de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Con ella se modifica nuestro ordenamiento jurídico en el ámbito civil y procesal para adecuarlo a la Convención Internacional de Derechos de Personas con Discapacidad de Nueva York. Esta ley modifica a su vez muchas normas, pero lo más importante es que supone un cambio absoluto de paradigma. Desaparece la figura jurídica de la incapacidad dejando a la persona con discapacidad que pueda ejercitar sus derechos y tomar decisiones con las medidas de apoyo que necesite, pero ya no será otra persona la que decida todos los temas de la persona con discapacidad. La representación queda limitada solo para menores y casos de personas con discapacidad tan severa que no puedan, ni aún con apoyo, manifestar su voluntad.

Poniendo el caso de que existan varios hermanos y uno de ellos tenga una discapacidad tenemos que ver que hay dos temas económicos importantes a tener en cuenta. El primero sería que normalmente una persona con discapacidad

puede estar en una situación de no generar ingresos o hacerlo en menos cantidad que sus hermanos lo que ocasionará que sus padres busquen la forma de destinar mayor parte de su patrimonio a procurar el bienestar de la persona con discapacidad. Y en segundo lugar es posible que la persona con discapacidad intelectual tenga dificultades para administrar su patrimonio. La forma de cubrir estos dos aspectos es el testamento que permitirá conforme a la Ley concentrar el patrimonio en la persona con discapacidad y a la vez si es necesario establecer un sistema de administración en su favor.

FIGURAS JURÍDICAS PARA AUMENTAR LA PROTECCIÓN DE LOS HEREDEROS CON DISCAPACIDAD:

FIDEICOMISO DE RESIDUO.

Una forma de dejarle mayor parte de bienes a los herederos con discapacidad es dejarles el tercio de mejora y el de libre disposición, respetando así los límites de la legítima que hemos visto anteriormente. Ahora bien, con la ley 8/2021 la distribución de la legítima puede variar en caso de que uno de los hijos se encuentre en situación de discapacidad física superior al 65% o psíquica superior al 33% no operarán las limitaciones legitimarias y se podrá dejar la totalidad de los bienes al hijo con discapacidad. Esto supone, que los hijos sin discapacidad, si es la voluntad de los padres, deberán ceder su parte de legítima a su hermano con discapacidad.

Los bienes no consumidos por la persona con discapacidad y que queden a su fallecimiento serán para el resto de los hermanos. Por tanto, cómo afirma Manuel Rueda, notario en la Fundación Aequitas, no es que el resto de los hermanos pierdan la herencia, es que primero hereda la persona con discapacidad y luego el resto de los hermanos.

DERECHO DE HABITACIÓN:

El testador puede legar a un hijo con discapacidad el “derecho de habitación”, es decir, el derecho a vivir en una casa propiedad del testador durante toda su vida. Es un derecho personalísimo que cubriría su necesidad vital de tener un lugar

donde vivir, solo la podría usar él y no la podría alquilar. Si además esa casa, era en la que vivía con el testador, no se computaría a efectos de calcular su legítima. Este derecho se atribuye por ley, salvo que el testador lo excluyera expresamente, si no se menciona nada en el testamento, el hijo con discapacidad podrá seguir viviendo en la casa.

OBLIGACION DE ALIMENTOS A FAVOR DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD:

En el afán de los padres de dejar cubiertas las necesidades vitales de su hijo con discapacidad para evitar que le falte sustento cuando ellos no están, en el testamento se puede dejar constancia de su deseo de obligación de alimentos a favor de la persona con discapacidad y a cargo de uno o varios de los hermanos. Consistiría en dejar una serie de bienes a uno o varios herederos, normalmente más de lo que le correspondería y a cambio obligarle a prestar alimentos en el sentido más amplio a favor de la persona con discapacidad, haciendo referencia no solo a comida, también a asistencia sanitaria, un lugar donde vivir o un determinado nivel de vida. Habrá que dejarlo todo perfectamente detallado en el testamento y establecido un sistema de control para que se cumpla.

DELEGACIÓN DE LA FACULTAD DE MEJORAR LA LEGÍTIMA AL CÓNYUGE.

En casos de parejas jóvenes con niños muy pequeños y uno con discapacidad puede pasar que todavía no tengan claro cuáles pueden ser las necesidades futuras de sus hijos, aunque prevean que su hijo con discapacidad pueda tener más necesidades. Si hubiera un fallecimiento prematuro de uno de los padres, su patrimonio ya no se podría utilizar para mejorar la parte del hijo con discapacidad, por ello, existe la posibilidad de ceder la facultad de mejora al cónyuge y así el cónyuge sobreviviente puede utilizar sus bienes y los de su pareja para definir esa mejora.

NOMBRAR UN ADMINISTRADOR DE LOS BIENES.

En el caso que la persona con discapacidad tenga dificultades para administrar

su patrimonio, el testador podrá indicar quien quiere que sea la persona que se encargue de este fin, especificando las condiciones de cómo quiere que se lleve a cabo.

El testador podrá indicar todo tipo de disposiciones para garantizar el bienestar de su hijo con discapacidad, cuidados, educación, residencia, salud, forma de vida...

La nueva ley, cómo mayor protección para la persona con discapacidad, también establece una limitación cuando una pareja tiene un hijo con discapacidad y han dejado por escrito que, si fallece uno de los miembros de la pareja, sea el otro la persona beneficiaria de los bienes hasta que fallezca o que la administre como ella considere. En el caso de tener un hijo con discapacidad, esto cambia, pues la legítima estricta del hijo con discapacidad no se puede tocar, deberá llegar intacta a la persona con discapacidad.

¿PUEDE UNA PERSONA CON DISCAPACIDAD HACER TESTAMENTO?

No debemos perder de vista también la posibilidad de que la incapacidad le sobrevenga a la persona que hizo el testamento, si previamente siendo capaz hizo el testamento habrá podido decidir en plenas facultades como repartir su legado. Aquí cabe destacar que una modificación importante de la Ley 8/2021 es que elimina la prohibición de hacer testamento a la persona con discapacidad. Establece como requisito tener un mínimo de discernimiento para poder conformar y expresar su voluntad. En caso de discapacidad intelectual tendrá que ser capaz de entender el contenido y querer hacer el testamento, siendo en notario el encargado de discernir si así es. En caso de discapacidad física, la dificultad puede estar en la comunicación, en tal caso es el notario el que tiene que brindar medidas de apoyo, mediante intérpretes, personas de confianza del interesado, medios tecnológicos... Si el testador no puede firmar, lo harán los testigos, siempre bajo el juicio del notario que se asegurará que la persona con discapacidad comprende lo que está haciendo y quiere hacerlo sin influencias indebidas.

Es posible el caso que una sentencia judicial previa a la ley 8/2021 prohibiera a la

persona con discapacidad hacer testamento, quedará anulada esta prohibición y podrá hacer su propio testamento con los requisitos antes vistos.

Anterior a la ley 8/2021 a través de la figura de sustitución ejemplar, era posible que unos padres hicieran el testamento de sus hijos con discapacidad, pero ha sido prohibido por la ley al considerarlo poco respetuoso con la dignidad de la persona con discapacidad.

LIMITACIONES A PERSONAS PARA HEREDAR A PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

La ley 8/2021 excluye a una serie de personas para que puedan heredar a una persona con discapacidad por poder existir un conflicto de intereses:

- El tutor o curador representativo, salvo que sean herederos forzosos por ser familiares cercanos.
- Cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que la persona con discapacidad estuviera internada, ni tampoco los propios establecimientos.
- Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales o de naturaleza análoga al causante, solo podrán ser favorecidas en su sucesión si es ordenada en testamento notarial abierto. Se impone un control notarial de la voluntad de dejarles la herencia.

Ejemplo de sentencia de fideicomiso con la condición de cuidado de la viuda con discapacidad:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria número 302/2020 de 25 de mayo de 2020. Se trata de un recurso de apelación de una demanda desestimada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Medio Cudeyo. don Moisés, en su testamento, instituyó a doña Ofelia como heredera fideicomisaria después de nombrar heredera fiduciaria a su esposa doña Melisa como agradecimiento por todos los cuidados que había recibido de ella. Le puso como condición que

siguiera cuidando de doña Melisa en la vivienda del matrimonio hasta su fallecimiento. Los hermanos de doña Melisa, ahora sus herederos, denuncian a doña Ofelia porque no ha cumplido la condición del testamento de don Moisés puesto que ellos se llevaron a doña Melisa a su casa para cuidar de ella hasta la fecha de su fallecimiento. El albacea nombrado por don Moisés verificó que doña Melisa estaba perfectamente cuidada. Se desestima el recurso porque se considera que son los propios herederos, interesados en que no se cumpliera la condición, impiden a la heredera fideicomisaria cuidar de doña Melisa tal como era su intención, incluso envió requerimiento notarial a los hermanos para que volvieran a trasladar a doña Melisa a su casa para que ella la pudiera cuidar. Así, gracias a que don Moisés hizo el testamento se pudieron cumplir sus deseos de que doña Melisa estuviera perfectamente cuidada hasta su fallecimiento y fuera doña Ofelia quien heredara en agradecimiento a sus cuidados durante toda la vida.

3.2.5. SUCESIÓN EMPRESARIAL.

Es habitual el caso del empresario que se plantea como organizar la sucesión de su pequeña o mediana empresa. La sucesión de la empresa puede ser muy sencilla existiendo un solo socio y un heredero o puede complicarse bastante cuando existen varios socios y varios herederos que pueden llegar hasta a bloquear la toma de decisiones.

Para tratar este tema es importante diferenciar entre la propiedad de la empresa y la dirección ya que puede recaer en una única persona como es el caso de las empresas unifamiliares o a medida que aumenta el tamaño de las empresas es posible que difieran los propietarios (socios o accionistas) de los administradores. Hay que tener en cuenta que lo que se hereda es la propiedad, es decir, el número de acciones que se posee, pero la dirección no se hereda, en palabras de Juan Roig, presidente de Mercadona, “El patrimonio se hereda, pero el puesto de trabajo no”. Esto puede generar grandes tensiones entre los familiares que piensen que además de la propiedad heredan la dirección.

Con el objeto de evitar conflictos y asegurar y asegurar la sucesión mortis-cause de la propiedad de la empresa en el testamento existen los protocolos familiares que son los únicos instrumentos válidos para asegurar la continuidad y sucesión

de una empresa familiar y en los que se regula la configuración futura de los órganos de gobierno.

PROTOCOLOS FAMILIARES.

En el art 2.1 RD 171/2007 de 9 de febrero se regula la publicidad de los protocolos familiares. Los define como pactos entre socios o con terceros con vínculo familiar en sociedades no cotizadas con el objetivo de regular las relaciones entre familia, propiedad y empresa. Luego, en la práctica, existe una tipología mucho más amplia de protocolos familiares que buscan el objetivo de dar seguridad a las relaciones entre la empresa y la familia.

Los socios de una empresa establecen mediante acuerdos las relaciones profesionales, económicas y personales entre los miembros de una familia empresaria y la empresa de la que son propietaria incluyendo el funcionamiento interno y lo dejan registrado por escrito en un documento contractual. Al ser un contrato, tiene que reunir los requisitos de objeto, consentimiento y causa según establece el artículo 1261 del Código Civil.

Es un contrato atípico porque a pesar de estar definido en el art. 2.1 del RD 171/2007, no se encuadra en un tipo particular de contrato, y como consecuencia de ello, carece de regulación legal, por su complejidad. Por tanto, no hay un formato estandarizado por lo que se deberán confeccionar a medida para cada empresa familiar. Podrá recoger todas aquellas condiciones, cláusulas o pactos que se crean conveniente teniendo en cuenta la moral, las leyes y el orden público (art. 1.255 del Código Civil).

Es un contrato suscrito por los miembros de la familia y a veces por terceros que estén implicados en la empresa, por lo que es un contrato plurilateral que a su vez compromete a los fundadores de la empresa, descendientes, familiares políticos e incluso herederos de próximas generaciones. De este modo, el protocolo familiar combina cláusulas contractuales suscritas por los miembros de la familia con eficacia inter partes con otros que puedan comprometer a terceros si son correctamente formalizados.

Los compromisos morales también pueden ser objeto de los protocolos familiares, no solo los temas técnicos o de organización. Pueden recoger un código de

conducta de comportamiento que deben respetar todos los miembros de la familia a nivel familiar y empresarial desde aspectos ajenos al derecho.

La finalidad del protocolo familiar es crear un proyecto de empresa bajo la unidad de una familia alrededor de ese proyecto, comprometidos mediante acuerdos que eviten los posibles conflictos familiares y permitan la continuidad en el tiempo de la empresa familiar.

Los protocolos familiares son acuerdos parasociales suscritos por los socios, con vínculo familiar, de una sociedad con el objetivo de mantener en el tiempo la empresa en el mismo grupo familiar. Para ello regulan las relaciones entre ellos, la organización, gestión y futuro de la sociedad.

Contenido del protocolo familiar:

El contenido del protocolo familiar es muy amplio y flexible ya que debe adaptarse a las necesidades de cada empresa familiar, teniendo en cuenta las circunstancias de la familia y de la empresa. Por tanto, existen multitud de tipos de distintos de protocolos, pero por lo general son cuatro áreas para tratar:

- Políticas de gestión y gobierno: temas que tienen que ver con el gobierno familiar, los estatutos sociales o el consejo de administración.
- Políticas de rentas: por ejemplo, establecer un dividendo mínimo.
- Políticas de empresa: jubilaciones, formación de empleados...
- Cultura de la empresa, políticas familiares: tradiciones familiares que se quieren mantener, por ejemplo, la cena de navidad.

Estos temas se estructuran en las siguientes partes:

- **Ámbito de aplicación del protocolo:** hace referencia de forma subjetiva a las personas a las que afecta, socios, familiares, trabajadores... y en el ámbito objetivo hace referencia a las sociedades del grupo que afecta, las participaciones...

- Dirección de la empresa: se determinarán los órganos de dirección de la empresa como el consejo de administración, junta general de socios, consejo de familia, asamblea familiar...
- Titularidad de la empresa: aquí se determina la propiedad de la empresa, limitaciones en la transmisión de las participaciones...
- Régimen de trabajo y derechos económicos de los miembros de la familia. Política de retribución, reconocimiento de privilegios, jubilación...
- Cláusulas de orden: incluye todo lo que no se haya puesto en los anteriores puntos, por ejemplo, las consecuencias de incumplimientos del protocolo (art. 1152 del Código Civil).

Hay algunas normas que aparte de ser recogidas en los protocolos también se deben recoger en los documentos que correspondan para que tengan plena eficacia, por ejemplo, si se establece un régimen de transmisión de las acciones que se limite a que sea entre la familia, este se debe recoger en los Estatutos.

Publicidad de los protocolos familiares:

Para las sociedades no cotizadas, no existe obligación de publicar los acuerdos de socios, pero el art. 29 de la Ley de Sociedades de Capital establece que no serán oponibles a terceros los pactos que se mantengan reservados a los socios. Los protocolos familiares son un pacto parasocial cuyo régimen de publicidad se encuentra recogido en el RD 171/2007 y tiene carácter voluntario en cuanto a su publicidad.

El RD 171/2007 diferencia 4 grados de publicidad:

- Publicidad privada: en la página web de la sociedad que consta en el Registro Mercantil.
- En forma de noticia: se publica en hoja abierta a la sociedad sin detallar el contenido. Se publicará también el Notario, lugar, fecha y número de protocolo si consta en escritura pública. También si es accesible desde la web.

- Mediante depósito: en el momento en que el órgano administrador deposita las cuentas anuales también puede depositar una copia del documento público con el protocolo.
- Inscripción en el Registro Mercantil: serían acuerdos sociales inscribibles adoptados en base a un protocolo familiar. La publicidad en el Registro Mercantil le otorga eficacia frente a terceros.

En conclusión, en la economía nos encontramos ante una alta tasa de mortalidad de empresas familiares a consecuencia del conflicto entre familiares en la sucesión del negocio familiar. Por ellos es tan importante organizar una buena sucesión del negocio del negocio familiar a través del testamento y los protocolos familiares hechos a medida para garantizar una continuidad de la empresa en torno a la unidad familiar.

3.4. LEGADO DIGITAL:

Todas las personas tenemos una huella digital en mayor o menor medida y cuando fallecemos, los que se quedan tienen que hacer frente también a este tema porque se quedan nuestros perfiles en redes sociales, registros en páginas web y app, información importante, fotos, vídeos en la nube, banca on line, correos electrónicos, billeteras electrónicas con criptomonedas, operaciones de comercio electrónico, servicios de pago en línea como PayPal, la lista puede ser infinita, según el uso que hagamos del mundo digital. Hay muchas decisiones que tomar y trabajos que realizar, por ejemplo, si queremos que nos homenajeen en las redes sociales o preferimos directamente el olvido, salvar información y fotos en la nube con recuerdos importantes para nosotros, cancelar suscripciones ... Si a veces es complicado saber cuánto patrimonio tiene una persona en el momento de fallecer y tenemos medios como la información de los bancos, registro de la propiedad y el registro de contratos de seguro ¿cómo vamos a saber todos los registros digitales, suscripciones, perfiles y demás cosas que deja una persona en el momento de fallecer? Y ¿qué quería que hiciéramos con ello? Para mí sería importante reducir el estrés que pudiera causarle la gestión de mi huella digital a un familiar que está pasando por el duelo de mi fallecimiento.

Es necesario hacer los preparativos necesarios y garantizar que tus datos sigan vigentes, que tus seres queridos puedan obtener el acceso necesario o que se respete tu derecho al olvido. Por ejemplo, en el caso de tener criptomonedas en una billetera digital puede ser muy complicado para el testamentario o beneficiario del patrimonio acceder a esta información porque es un sistema de finanzas descentralizado y solo se puede acceder si se tienen las claves, no es recomendable poner en un testamento claves de acceso porque este documento acabará siendo público después de la muerte. El caso de Mircea Popescu en 2021 lo puso de manifiesto, era uno de los mayores poseedores individuales de bitcoin del mundo y murió a los 41 años mientras nadaba en una playa de Costa Rica, según el New York Post, la inmensa ola se llevó la vida del magnate rumano y consigo, guardadas probablemente en algún rincón de su memoria, las claves para acceder a su fortuna en criptomonedas, unos 2.000 millones de dólares. Así pues, el patrimonio digital es el conjunto de bienes o derechos digitales que será más fácil de gestionar a nuestro fallecimiento si tenemos un testamento digital.

En un testamento digital se nombra un albacea digital que será una persona de confianza que además este familiarizado con el entorno digital. Se ocupará de los asuntos digitales: eliminar, convertir, descargar y administrar cuentas y perfiles. Igual que con los activos financieros importantes, puedes enumerar tus activos y establecer instrucciones específicas para cada uno de ellos, así se pueden evitar desacuerdos y discusiones entre las personas que se quedan.

Las empresas que proporcionan servicios en Internet tienen sus propias políticas sobre cómo manejar cuentas del usuario después de la muerte de una persona.

Tenemos unas que lo han desarrollado más y otras que lo tienen en el olvido, por ejemplo:

Facebook: permite la elección de legado o albacea digital, el cual podrá gestionar la cuenta de una persona cuando fallezca. A partir del fallecimiento de alguien, su cuenta se transforma en un perfil conmemorativo. De hecho, Facebook ofrece tres opciones posibles diferentes, una vez se produce el fallecimiento: la designa de albacea que gestione la cuenta, la memoria y la eliminación de la cuenta de forma permanente.

Apple: tiene la función de Contacto Heredero que facilita ante el fallecimiento de un usuario acceder a sus datos personales a la persona indicada por el fallecido,

recibiendo un código especial que le facilitará Apple al presentar un certificado de defunción. Con este código podrá desbloquear el dispositivo y acceder a mensajes, fotos, notas y otros datos confidenciales.

Google: si en un año no se responde, borran todo o dan el contenido a un tercero que se haya indicado, que pueden ser hasta diez personas. Cabe la posibilidad de enviar en vida el legado digital de una persona.

Twitter: solo permite la activación o desactivación.

Hotmail: se precisa de orden judicial.

LinkedIn: no avisa de la posibilidad de desactivar.

No en todos los países se está empezando a regular la Herencia Digital pero la forma de vida actual esta llevado a los tribunales a tener que tratar este tema. El 12 de julio de 2018 El Tribunal Federal Supremo de Alemania crea jurisprudencia y reconoce la herencia digital a los padres de una joven fallecida y obliga a Facebook a desbloquear una cuenta para conocer si su muerte fue un suicidio. La sentencia tiene su origen en la demanda de unos padres cuya hija de 15 años falleció atropellada por un convoy en una estación de Berlín. Los padres solicitaron revisar la cuenta de su hija para ver los mensajes que intercambiaba con sus amigos y poder ver si había indicios de que pudiera tratarse de un suicidio o que la niña estuviera sufriendo acoso. Facebook, a petición de un amigo de la joven, había convertido el perfil de la niña en una llamada “página conmemorativa” donde el acceso a los datos del usuario no es posible, aunque el contenido todavía existe en los servicios de la red social, por lo que, aunque la madre tenía las claves, la niña en vida se las había proporcionado, no podía acceder. Un tribunal berlinés dictó sentencia asumiendo el argumento de Facebook, denegando el acceso se protegía la intimidad de las personas que comunicaban con la joven fallecida. El supremo anuló esta sentencia argumentando que los contenidos digitales también se pueden heredar, por lo que la joven suscribió un contrato de uso con Facebook cuando abrió la cuenta que a su muerte asumieron sus herederos, sus padres. Además, el estudio del portal privado de la joven permitirá a sus padres afrontar otro proceso, el conductor del convoy que atropelló a la joven ha denunciado a los padres como herederos para el pago de daños y perjuicios con el argumento de que la fallecida se suicidó causándole un daño psicológico.

En España, se contempla la creación del testamento digital en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, la cual incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la novedosa regulación de este instrumento, entendido como el documento de últimas voluntades que nos permite dejar instrucciones sobre el destino de nuestros contenidos digitales en caso de fallecimiento. Dicha ley en su art. 96. Derecho al testamento digital, en su punto 1 establece, que personas tendrán acceso a los contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas y dar las instrucciones que precisen:

- a) Familiares y herederos del beneficiario, salvo que tengan la prohibición expresa del fallecido o lo prohíba una ley, pero siempre tendrán acceso a contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto.
- b) Albacea testamentario o persona o institución designada expresamente por el fallecido.
- c) En caso de menores de edad fallecidos, sus representantes legales o en su caso el Ministerio Fiscal que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada.
- d) Fallecidos con discapacidad, por los indicados en la letra anterior o por los designados que ejerzan funciones de apoyo si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado.

En dicho art. 96 punto dos establece que las personas designadas tendrán facultades para el mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de las personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes y en todo caso cumplir las instrucciones que hubiera dejado indicadas el fallecido. El responsable de la empresa del servicio tendrá que cumplir con las instrucciones que reciba.

En su último punto el art. 96 permite a las comunidades autónomas con derecho foral su regulación propia dentro de su ámbito de aplicación.

En Cataluña, la Ley 10/2017 de 27 de junio, de Voluntades Digitales, fue la primera que abordó esta cuestión en nuestro país. Se crea un Registro electrónico de voluntades digitales en el que se inscriben los documentos de voluntades digitales

donde se designa la persona física o jurídica encargada de ejecutar las voluntades digitales de la persona fallecida. En el momento del fallecimiento habrá que acudir a dicho registro o incluso éste puede comunicar de oficio la existencia de voluntades digitales inscritas a las personas designadas para su ejecución.

Con la herencia digital se garantiza entre otros aspectos el cumplimiento del derecho a la imagen, al honor de la persona, el respeto al derecho de propiedad intelectual. Y de este modo se evita la posible existencia de problemas de suplantación de personalidad, de usurpación del estado civil, e incluso problemas de falsedad en documento privado.

Por todo ello se recomienda cada vez más dejar constancia de los activos digitales en un capítulo adicional de un testamento tradicional o en un testamento digital específico, mediante el otorgamiento del mismo ante Notario. Con ello se logrará concretar el destino del patrimonio digital, otorgando la máxima seguridad jurídica; y a su vez evitar ataques a nuestra persona tras el fallecimiento y proteger la reputación postmortem.

3.5 TESTAMENTO VITAL.

Hemos hablado mucho de la sucesión de los bienes en el momento del fallecimiento, pero hay otro tema muy importante que deberíamos abordar, se trata de decidir que tratamientos queremos recibir en el final de nuestra vida o que destino le queremos dar a nuestro cuerpo. Con esto facilitaremos decisiones importantes para nuestros familiares en momentos muy delicados. Esto lo podemos expresar en un testamento vital que es diferente del testamento sucesorio que hemos visto hasta antes.

Con el testamento vital podemos decidir que cuidados y tratamientos médicos tendremos en el futuro si llegada una enfermedad grave no pudieras manifestar tu voluntad o en el momento de fallecer que destino quieres darle a tu cuerpo o tus órganos.

La ley que regula el testamento vital es la Ley 41/2002, de 14 de noviembre en su artículo 11 "instrucciones previas". A parte, habrá que atender a la normativa existente en cada Comunidad Autónoma. Me referiré en lo sucesivo a normativa

estatal.

El documento que recoge el testamento vital tiene una denominación diferente según la comunidad, así, por ejemplo, en Madrid, Castilla-León, Galicia, Asturias, Melilla Murcia y la Rioja es Documento de Instrucciones Previas, en Cataluña, Aragón, Navarra, País Vasco y Comunidad Valenciana es Documento de Voluntades anticipadas, en Andalucía Documento de Voluntad Vital Anticipada...

Este documento podrá recoger las siguientes cuestiones:

- Tratamientos médicos que quieres recibir, tratamientos quirúrgicos, medicamentos, calmantes, cuidados paliativos.
- Si quieres recibir o no tratamientos experimentales.
- Si deseas tener asistencia religiosa.
- Si deseas ser incinerado o enterrado.
- Intención de donar tu cuerpo o tus órganos a la ciencia.
- Nombrar un representante por si hiciera falta para que te represente ante el equipo médico.
- Y cualquier cosa que desee el testador que no sea contraria a las leyes ni a la buena práctica clínica.

Los requisitos para otorgar testamento vital son:

- Ser mayor de edad (algunas comunidades permiten a los menores emancipados) y en pleno uso de facultades mentales.
- Por escrito.
- Otorgarlo libremente, sin coacción.

El testamento vital se puede hacer de tres formas:

- En escritura Pública ante Notario.
- Documento privado con tres testigos, con capacidad de obrar, dos de ellos no podrán ser padre, hijo, tío o sobrino del testados y no tener relación patrimonial con el testador o declarante.
- En la Administración, ante funcionario habilitado del Registro autonómico.

Por último, habrá que inscribir el testamento vital para que tenga efectos y pueda cumplirse, para ello, se registra la declaración en el Registro de Voluntades Anticipadas o de Instrucciones Anticipadas gestionado por cada Comunidad Autónoma. Será necesario aportar, copia del documento, según la forma exigida de la Comunidad Autónoma, historial clínico, DNI o pasaporte del declarante, testigos o representantes, en caso de documento privado o ante la Administración. Una vez registrado, conocerán la voluntad del testador en todos los centros médicos del Estado.

Respecto a la modificación o revocación del testamento vital, se podrá hacer en el momento que el testador lo desee.

3.6 BLOQUEOS DE CUENTAS DEL FALLECIDO.

Cuando un banco es conocedor de que uno de sus clientes ha fallecido, tiene la obligación por cuenta de la Agencia Tributaria de bloquear la cuenta y eliminar los autorizados. El objetivo es proteger la masa hereditaria, que no pueda disponer un tercero y sea apropiación indebida o que no lo retire uno de los herederos en detrimento del resto o con la finalidad de evitar la tributación fiscal.

En el caso que existan varios titulares en la cuenta, el banco bloqueará la parte proporcional del saldo que corresponda al fallecido en la fecha de fallecimiento. Así, por tanto, se recomienda por ejemplo para el caso de un matrimonio, que el cónyuge viudo abra otra cuenta a su nombre y traspase la mitad del saldo a fecha de fallecimiento del otro cónyuge y empiece a operar con esa nueva cuenta.

Ese bloqueo se mantendrá mientras se esté tramitando la testamentaría y solo se podrá quitar una vez que la herencia ha sido aceptada y repartida entre todos los herederos y liquidado el impuesto de sucesiones. En ese reparto se establecerá que parte del saldo recibirá cada heredero y una vez hecho se procederá a cerrar la cuenta.

Una forma de evitar el bloqueo de los saldos de las cuentas es haciendo donaciones a los herederos antes del fallecimiento teniendo siempre en cuenta

las legítimas porque no se pueden perjudicar. Estas donaciones se tendrán en cuenta después del fallecimiento cuando se haga el reparto.

3.7. EJEMPLO PRÁCTICO:

CASO 1:

Carolina tuvo 3 hijos con Joaquín, Izan, Luis y Pablo. Siendo los niños todavía pequeños falleció Joaquín y un poco más tarde Carolina contrajo nupcias en régimen de gananciales con Carlos y tuvieron otra niña Cristina. Los cuatro niños se han criado juntos, como hermanos y todos llaman a Carlos papá. Es deseo de Carlos hacer testamento porque se ha dado cuenta que, en esta situación, su hija biológica Cristina recibiría en herencia su 50% más el 12,50% correspondiente de su madre, mientras que sus hermanos recibirían cada uno el 12,50% de su madre. Carlos quiere con el testamento que su herencia quede lo más equilibrada posible entre sus cuatro hijos.

En este caso tenemos que ver lo siguiente, la parte de legítima corresponde a Cristina, la hija biológica de Carlos y esa no se puede alterar. Es la parte de libre disposición la que podríamos destinar a los otros tres hijos para tratar de equiparar la herencia, quedaría de la siguiente forma:

Cristina: recibiría la legítima de su padre que sería el 33,33% del 50% de Carlos = 16,66% y la parte de mejora, otro 16,66%. De la parte de su madre le corresponde el 50% dividido entre los 4 hermanos 12,50%. TOTAL= 45,82%

El resto de los hermanos, recibirían cada uno la parte de libre disposición de Carlos, $(33,33\% * 50\%) / 3 = 5,55\%$. Y la parte que les correspondería de su madre que es 12,50%. Cada uno recibiría en TOTAL= 18,05%.

Resumiendo, Cristina recibiría la parte correspondiente a la legítima larga de su padre y la parte de su madre un total de 45,82% y el resto de los tres hijos, la parte de libre disposición de su padre y la parte de su madre, un 18,05% cada uno.

Si queremos igualarlo más, podemos hacer el testamento de Carolina también y dejar el tercio de mejora y de libre disposición para los tres hermanos, Izan, Luis y Pablo, del siguiente modo:

Cristina: recibiría de su madre la legítima 4,16% y la parte del padre 16,66%. Un TOTAL= 37,48%

Cada uno de los tres hermanos: recibirían de la madre la legítima 4,16%, un tercio de la parte de la mejora 5,55%, un tercio de la libre disposición 5,55% y la parte del padre 5,55%. Un TOTAL = 20,82%

Haciendo testamento padre y madre quedarían más equiparados los hijos, adjunto cuadro resumen (he aplicado redondeos para poder ajustar al 100%).

HACIENDO SOLO EL TESTAMENTO DEL PADRE:

	PADRE			MADRE			TOTAL
	LEGÍTIMA	MEJORA	LIBRE DISPOSICION	LEGÍTIMA	MEJORA	LIBRE DISPOSICIÓN	
CAROLINA	16,66	16,66	0	4,17	4,17	4,17	45,83
IZAN	0	0	5,55	4,16	4,17	4,17	18,05
LUIS	0	0	5,56	4,16	4,17	4,17	18,06
PABLO	0	0	5,55	4,18	4,16	4,17	18,06
TOTAL	16,66	16,66	16,66	16,67	16,67	16,68	100

HACIENDO TESTAMENTO EL PADRE Y LA MADRE:

	PADRE			MADRE			TOTAL
	LEGÍTIMA	MEJORA	LIBRE DISPOSICION	LEGÍTIMA	MEJORA	LIBRE DISPOSICIÓN	
CAROLINA	16,66	16,66	0	4,17	0	0	37,49
IZAN	0	0	5,55	4,16	5,55	5,56	20,82
LUIS	0	0	5,56	4,16	5,56	5,56	20,84
PABLO	0	0	5,55	4,18	5,56	5,56	20,85
TOTAL	16,66	16,66	16,66	16,67	16,67	16,68	100

Respecto a la fiscalidad tenemos que atender a la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. El Impuesto de Sucesiones y Donaciones es de naturaleza directa y subjetiva y grava los incrementos patrimoniales obtenidos a título lucrativo por personas físicas. Se exige en todo el territorio español pero su gestión está cedida a las Comunidades Autónomas. En el art. 3 se define el hecho imponible, es la adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio. En el caso práctico, todos los hermanos tendrán que liquidar el impuesto de sucesiones en función de la parte que reciban. Habrá que tener en cuenta las bonificaciones que hay en la Comunidad Autónoma correspondiente, respecto al grado de parentesco. Cristina podrá beneficiarse de la bonificación por ser hija de ambos, pero Izan, Luis y Pablo, no podrá beneficiarse de bonificación de la parte que reciban de Carlos. No podrán disponer de la herencia hasta que no paguen el impuesto. Se devengará el día del fallecimiento de Carlos y tendrán un plazo de 6 meses para liquidarlo.

CASO 2:

Santiago después de una larga vida laboral y un patrimonio consolidado se ha decidido a realizar su testamento. Va a ser padre de nuevo en un segundo matrimonio y le preocupa el futuro de sus hijos. Quiere dejarlo todo solucionado para el caso de que fallezca.

Santiago tiene dos hijos de su primer matrimonio que actualmente son mayores de edad y un niño de un año con su actual esposa. Además, se hace cargo de su hermano con una discapacidad desde hace años, él cobra una pensión, pero Santiago tiene que completar los gastos del centro en el que le atienden. Ellos son la principal preocupación de Santiago, los cuidados especiales de su hermano, los gastos de universidad de sus hijos mayores y las mayores necesidades de su hijo menor que al ser tan pequeño necesitará mayores recursos para salir adelante.

Santiago tiene una pequeña empresa familiar de construcción junto a un primo que marcha bien y cuya intención de ambos es que la empresa continúe cuando ellos ya no estén.

Santiago, su mujer y su hijo pequeño viven en una casa propiedad de él en Villaviciosa de Odón (Madrid). Y sus dos hijos mayores viven en Madrid con su madre, uno trabaja en la empresa familiar como arquitecto y el otro está cursando estudios universitarios de enfermería. La mujer de Santiago es profesora y tiene un piso que adquirió siendo soltera que arrienda por temporadas.

A parte de la vivienda habitual, Santiago también posee una casa en Denia y otro piso en Madrid que actualmente tiene alquilado. Tiene también capital monetario en diversos productos financieros de inversión.

Respecto a la empresa, posee el 50% del capital social. La empresa es propietaria de varios terrenos e inmuebles por todo el territorio nacional. El otro 50% es propiedad del primo de Santiago que a su vez también tiene otra hija que trabaja como abogada en la misma. La idea de los dos socios y administradores es que cuando ellos fallezcan la empresa pase a sus hijos. Hasta ahora han sido solo dos administradores que han actuado de forma solidaria y no han tenido problemas por lo que es su deseo que siga siendo así. Además, quieren mantener el espíritu de la empresa de dar oportunidad a las personas que quieran aprender un oficio y desarrollar su carrera profesional.

Una vez tenemos clara la situación y los deseos de Santiago vamos a hacerle una propuesta de sucesión que se adapte lo más posible a lo que quiere Santiago.

Concluimos con Santiago que su intención de sucesión es repartir entre sus tres hijos su patrimonio dándole una especial protección a su hijo pequeño y su mujer y asegurarse de que su hermano discapacitado estará perfectamente atendido hasta su fallecimiento. Respecto a la empresa está de acuerdo con su primo para transmitirla a sus herederos y garantizar una sucesión en armonía.

El tercio de legítima y el de mejora se divide en tres partes iguales y el usufructo del tercio de mejora para la viuda. Aquí tenemos en cuenta que la mujer recibirá la pensión de viudedad y el hijo menor la pensión de orfandad por lo que tendrán un incremento de ingresos que los otros dos hijos mayores no recibirán. Para proteger el domicilio de la viuda y que pueda continuar viviendo en la vivienda habitual del matrimonio mientras viva, vamos a introducir una “prohibición de conmutación” con esto, el testador prohíbe a los herederos que le conmuten el usufructo a la viuda de la vivienda habitual y pueda así seguir disponiendo de ella hasta su fallecimiento.

El reparto del tercio de libre disposición lo vamos a utilizar para darle una mayor protección al niño pequeño puesto que tendrá más necesidades que los hijos que son ya mayores de edad. Los bienes inmuebles si se dividirán en tres partes iguales pero la parte del patrimonio que es monetario y está invertido en diferentes productos se dividirá a razón del 40% para el pequeño y 30% para cada uno de los mayores.

Para garantizar el sustento del hermano con discapacidad vamos a introducir una “obligación de alimentos” a su favor por parte de los herederos. Aquí detallaremos el centro en el que está y que debe continuar o uno similar con los mismos servicios y cuidados, se nombrará administrador de sus bienes al hijo mayor.

Para evitar litigios, se incluirá una cláusula “Cautela Socini” por la que los herederos no podrán acudir a los tribunales para cuestionar el reparto de la herencia.

Respecto a la propiedad de la empresa, los tres hijos recibirán un tercio de las participaciones que tiene Santiago que actualmente es la mitad del capital social. También se suscribirá el siguiente protocolo por los dos socios de la empresa para su gestión y sucesión:

PARTE PRIMERA.

Socios fundadores: son Santiago y su primo Román, crearon la empresa desde jóvenes estando solteros.

Familia directa: los socios, sus cónyuges no separados legalmente o de hecho, y sus hijos, naturales o adoptados.

Grupo familiar: está compuesto por la familia directa, más todos los descendientes, que tengan participaciones en el capital social.

Rama familiar: está compuesta cada rama por los hijos de los fundadores, su cónyuge, y todos sus descendientes que tengan participación en el capital social de la empresa.

Familiar: personas con vínculo de parentesco del grupo familiar no incluidos en los anteriores.

Situación actual:

A fecha de la firma del presente Protocolo la situación de la empresa es la siguiente: Sociedad Limitada con domicilio en C/ Velázquez 135 (Madrid), con un capital social de 450.000€ dividido en 3.000 participaciones de 150€ de valor nominal cada una, siendo titulares de sus participaciones:

50% Santiago

50% Román.

Los miembros del Consejo de Administración son:

Santiago y Román.

Patrimonio afecto a la empresa:

Inmuebles:

Edificio en construcción de 24 viviendas en el Ensanche de Vallecas (Madrid)

Parcela de 6.000m² en Denia

4 parcelas de 2.000m² en Boadilla del Monte.

Maquinaria y vehículos:

Furgoneta Renault.

Excavadora.

Grúa.

Con objeto de que sean reguladas las relaciones personales y societarias los firmantes del presente Protocolo se obligan jurídicamente al cumplimiento de los siguientes pactos:

PARTE SEGUNDA.

Principios que inspiran el siguiente Protocolo:

El principio general es la continuidad y prosperidad de la empresa manteniendo las buenas relaciones personales y familiares. Cada rama familiar mantendrá el mismo porcentaje de participación en el capital social.

Ámbito de aplicación:

Personas sujetas al Protocolo.

El presente protocolo obliga a su cumplimiento a todos los firmantes del mismo.

PARTE TERCERA.

- *Los administradores de la empresa serán un representante de cada rama familia por un lado la de Santiago y por otro la de Román. Este representante será elegido por los miembros de su respectiva rama familiar por mayoría y en caso de empate, será elegido el que tuviera más años de experiencia en la empresa.*
- *Los administradores actuarán de forma solidaria.*
- *Las participaciones no podrán ser transmitidas a terceras personas que no sean familiares de una de las ramas.*
- *La empresa tradicionalmente ha dado oportunidad a estudiantes en prácticas para aprender diferentes oficios de soldador, pintor,*

carpintero... así debe seguir siendo.

- *Podrá trabajar en la empresa como alto directivo cualquier miembro de la familia siempre que tenga la formación correspondiente y demuestre una experiencia en la misma profesión de dos años.*

PARTE CUARTA.

Ampliación, modificación y derogación del Protocolo familiar.

La ampliación, modificación o derogación del este Protocolo será aprobada por unanimidad de los administradores a propuesta de los socios o cualquier miembro del grupo familiar, presentada por escrito, motivada y justificada la causa que lo origina.

Entrada en vigor:

La entrada en vigor del presente Protocolo será desde el mismo momento de la firma. Las partes elevarán el documento a público ante Notario, y se incorporará al Registro Mercantil.

Incumplimiento del Protocolo familiar, penalizaciones:

Cualquier actuación que contravenga lo dispuesto en los pactos anteriores supondrá incumplimiento del Protocolo.

Ante un incumplimiento se deberán compensar los daños y perjuicios causados al resto de los miembros del grupo familiar.

Resolución de conflictos:

Los firmantes se someterán a los Juzgados y Tribunales de Madrid, para cualquier reclamación derivada de este Protocolo.

Leído el presente Protocolo familiar, en prueba de su conformidad, los reunido, lo ratifican y firman.

Con estos recursos del testamento y los protocolos familiares podemos hacer una planificación sucesoria a medida a Santiago en función de cómo quiere el repartir su herencia y las cosas que le preocupan.

4. DEFINICIONES.

Hemos visto los casos más frecuentes que se pueden dar y analizado que recursos e instrumentos podemos utilizar para poder conseguir el objetivo del testador en el momento de hacer el testamento. Este apartado, recoge definiciones complementarias para aclarar temas que puedan ser todavía complejos.

LEGADO: disposición mediante la cual el testador deja un bien o derecho concreto a una o varias personas determinadas. El legado solo puede ordenarse en testamento. Los legados no pueden perjudicar los derechos de los herederos forzosos (legitimarios)

LEGATARIO: persona que recibe el legado y no tiene la cualidad de heredero.

HEREDERO: personas que suceden hereditariamente al testador en sus bienes y obligaciones.

DIFERENCIAS ENTRE HEREDERO Y LEGATARIO:

	HEREDERO	LEGATARIO
DESIGANCIÓN	voluntarios: por voluntad del testador legales: por ley	por voluntad del testador
SUCESIÓN	sucesores a título universal: reciben la titularidad de todos los bienes y derechos del fallecido.	sucesores a título particular: solo reciben bienes del legado.
RESPONSABILIDAD DE LAS DEUDAS HEREDADAS	responden de las deudas hereditarias, con los bienes hereditarios y con su patrimonio particular. Salvo, aceptación a beneficio de inventario.	no responden de las deudas hereditarias. Si perjudicara la legítima, podrá ser reducido o, eliminado
ACEPTACIÓN DE LA HERENCIA O LEGADO	para recibir la herencia tienen que aceptarla, también pueden renunciar	adquieren la herencia sin necesidad de aceptarla, también podrían rechazarla
RENUNCIA DE LA HERENCIA O LEGADO	no puede renunciar a una parte de la herencia	no podrá renunciar a una parte del legado si ésta es onerosa
EFFECTOS DE LA RENUNCIA	la parte renunciada pasará a los herederos legítimos que la han aceptado	esta parte del legado pasará a formar parte de la masa hereditaria en su conjunto
ENTREGA DE LOS BIENES	no necesita autorización	recibirá su legado de los herederos o, en su caso, del albacea

HERENCIA INTTESTADA: se produce cuando una persona fallece sin haber hecho testamento.

HERENCIA TESTADA: se produce cuando una persona ordena en testamento su última voluntad.

ALBACEA: Persona encargada por el testador o por el juez de cumplir la última voluntad del fallecido, custodiando sus bienes y dándoles el destino que corresponde según la herencia.

LEGITIMA HEREDITARIA: es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamado herederos forzosos.

PARTES EN QUE SE DIVIDE UNA HERENCIA:

- Tercio de legítima: tercio de la herencia reservado por ley para los herederos forzosos.
- Tercio de mejora: otra tercera parte de la herencia de la que el testador puede disponer para mejorar a uno o varios de sus hijos o descendientes.
- Tercio de libre disposición: de este tercio el testador podrá disponer libremente y sin limitación.

GRADOS DE PARENTESCO: dependiendo de la cercanía o lejanía entre familiares, se contemplan hasta cuatro grados distintos de consanguinidad:

- Primer grado: padres e hijos.
- Segundo grado: abuelos, nietos y hermanos.
- Tercer grado: tíos, sobrinos, bisabuelos y bisnietos.
- Cuarto grado: primos hermanos y tíos abuelos.

DECLARACIÓN DE HEREDEROS: procedimiento que hay que formalizar cuando una persona fallece sin haber hecho testamento. Es un documento donde se especifica las personas que tienen derecho a heredar del fallecido.

- Se realiza mediante acta de notoriedad autorizada por un Notario, del lugar último domicilio del fallecido, donde estuviese la mayor

parte del patrimonio, donde hubiera fallecido o un lugar colindante y en último caso del lugar de domicilio del solicitante.

- Tiene un coste de entre 250€ y 400€. Lo puede solicitar cualquier persona que crea tener derecho a la sucesión.
- La documentación que se necesita es: certificado de defunción, certificado de Actos de Últimas Voluntad, libro de familia de la persona fallecida y DNI de la persona fallecida.
- Para solicitar la declaración de herederos es imprescindible que acudan dos testigos que conozcan la situación personal del fallecido. Puede ser cualquier persona, incluso familiares, siempre que no sean beneficiarios de la herencia.
- Se determina el porcentaje que cada uno hereda, aunque no se realiza el reparto.
- Una vez obtenida el Acta de Declaración de Herederos, se acepta y reparte la herencia en escritura pública ante Notario.

CERTIFICADO DE ÚLTIMA VOLUNTAD: a través de este documento se conoce si la persona fallecida ha hecho testamento o no. Se solicita de forma digital en la Sede Electrónica del Ministerio de Justicia (hará falta el certificado digital) o de forma presencial o por correo postal en las Gerencias Territoriales del Ministerio de Justicia o en la Oficina Central de Atención al Ciudadano.

DOCUMENTACIÓN NECESARIA PARA PREPARAR UNA ESCRITURA DE HERENCIA:

- Libro de familia del causante.
- Fotocopias del DNI del difunto y de todos los interesados en la herencia.
- Certificado de defunción.
- Certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad.
- Certificado del Registro de Seguros.
- Copia autorizada del Testamento.
- Escritura de los bienes inmuebles.
- Recibos del IBI.
- Polígonos y parcelas en el caso de bienes rústicos.

- Certificado de saldos en las entidades de crédito a fecha de defunción del causante.
- Documentación de los vehículos a nombre del fallecido.
- Factura, si la hubiere, de los gastos de entierro y funeral o factura del tanatorio.
- Certificado de empadronamiento histórico.
- Documentación acreditativa del derecho a alguna reducción o bonificación.

5. CONCLUSIONES:

En mi opinión planificar tu sucesión es muy importante para evitar conflictos en la familia y dejar protegidos a tus seres queridos.

El desconocimiento de cómo se distribuye las legítimas de la herencia puede llevar a situaciones no deseadas. Así, por ejemplo, por mi trabajo se que es poco habitual que la gente conozca que lo que hereda el cónyuge viudo es solo el usufructo del tercio de mejora, es algo que lleva a gran sorpresa, la mayoría piensa que se reparte a partes iguales con los hijos. Esto puede llevar a casos en los que por ejemplo, un matrimonio en el que muere uno de los cónyuges con hijos y la vivienda familiar es 100% propiedad de él puede llevar a la situación de que la viuda/o heredaría solo el usufructo de la vivienda que sus hijos le pueden conmutar por dinero, que además podría agravarse la situación si tiene una edad avanzada pues el dinero sería menos y puede darse el caso de quedarse sin casa y sin posibilidad de comprarse otra o de soportar un alquiler para el resto de su vida. Esta situación si somos previsores y hacemos el testamento podemos solucionarla introduciendo como hemos visto una cláusula de "prohibición de conmutación.

La evolución de la sociedad nos ha llevado a situaciones familiares cada vez presentan más conflictos a la hora de repartir una herencia. Hay segundos matrimonios, hijos de diferentes parejas, intereses contrapuestos entre unos y otros, cada vez somos más egoístas, antiguamente parece que era más habitual hacerse cargo de la gente mayor en el seno familiar, desacuerdos con las familias políticas...multitud de factores que hacen que surjan conflictos y sea complicado llegar a acuerdos y hacer un reparto hereditario tranquilo y sin contratiempos. Esto

supone bloqueos que pueden llevar a años de pleitos hasta que se soluciona y mientras tanto puede haber herederos que les sea complicado la supervivencia. Incluso sin llegar a haber conflictos entre los herederos y estar de acuerdo por ejemplo en dejar todo al cónyuge viudo, esto no se puede hacer porque lo limita la ley con las legítimas, pero si se pueden establecer mecanismos a través del testamento para que quede más protegido que lo que regula la ley. Es muy duro para un viudo/a pasar por la pérdida de tu compañero y ver como sus hijos se pelean por la herencia.

Si puede ser que la gente esté más concienciada para hacer un testamento en casos especiales como cuando tenemos un heredero con alguna discapacidad, o hay un conflicto muy fuerte con alguno de ellos que nos lleve a querer desheredarlo, o con el COVID que había tantas muertes, en estos casos si es posible que se esté más sensibilizado y la gente acuda más a realizar los testamentos.

Mención aparte se merecen los empresarios, con sus empresas familiares, la mayoría de ellas desaparecen en la tercera generación por conflictos en la sucesión. Si se hace un diseño concreto y muy detallado de cómo funciona la empresa, sus principios, su cultura su forma de hacer las cosas, es decir, un Protocolo Familiar, esto facilitará la transición y la continuidad de la empresa con el espíritu con la que la crearon sus fundadores. Definir estos protocolos también servirá para disminuir la incertidumbre cara a terceros lo que hará fortalecer a la empresa y representará un futuro estable para la familia.

Otro de los factores que creo que hace que la gente no haga sus testamentos es, porque piensan que es muy complicado o costoso, el objetivo de este trabajo es hacer ver que lo único que tenemos que hacer es, pararnos y pensar que queremos hacer con nuestro patrimonio, a quien se lo queremos dejar, cuesta mucho trabajo y esfuerzo construir una vida y las pocas cosas que dejamos deberían quedarse en las manos de las personas que hemos querido y hemos protegido en vida.

Pero no todo es el ámbito económico, también tenemos que dejar preparado como

hacer desaparecer nuestra huella digital, porque esto puede ser muy complicado emocionalmente para nuestros seres queridos y podemos facilitárselo en gran medida. Otro tema muy importante es como queremos afrontar el final de nuestra vida si se nos presenta una enfermedad grave que nos obligue a decidir que cuidados y tratamientos médicos queremos tener y no pudiéramos manifestar nuestra voluntad o en el momento de fallecer que destino darle a nuestro cuerpo u órganos. Estas situaciones pueden ser muy dolorosas para nuestros seres queridos que seguro que agradecerían si en ese momento nos pudiéramos expresar, pues a través del testamento vital se puede hacer y dejar dicho que decisión queremos tomar.

Por todo ello, con las reflexiones indicadas, teniendo una previsión y recurriendo a un profesional con nuestras inquietudes, nos guiará para poder plasmar en un testamento como queremos que sea nuestra planificación sucesoria tanto en el ámbito patrimonial como empresarial, digital y vital.

6. BIBLIOGRAFÍA:

Página web del Centro de Información Estadística del Notariado.

Página web Abogados y Herencias (31/01/2023)

Código Civil

Página web Mundojuridico.info tus abogados on-line.

Página web tuGuiaLegal.com

Página web ConceptosJuridicos.com

Página web Abogados y Herencias

Página web José Simarro Herencias.

Página web Vilches Abogados.

Página web de Antonio Serrano Acitores, experto en innovación tecnológica, liderazgo y derecho digital.

Diccionario del Español Jurídico.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Ley de Cataluña 10/2017 de 27 de junio, de Voluntades Digitales.

“Mas de 100 preguntas sobre la discapacidad, guía jurídica básica” Actualizada a

la reforma introducida por la Ley 8/2021. Dirigida por Manuel María Rueda Díaz de Rábago. Director de la Sección Jurídica de la Fundación Aequitas.

“Cómo organizar la herencia de un hijo con discapacidad: los padres pueden dejárselo todo, los hermanos deberán ceder su legítima” por Mercedes Borja/noticia/ 28.09.2022.

Artículo de Tony Anscombe de 19 agosto de 2020.Cómo prepara y proteger tu legado digital.

Artículo de Pedro Mujica de 30/09/2022 Derecho al Legado Digital.

Artículo de 13 de julio de 2018 de Iñigo Gurruchaga. Reconocen la herencia digital a los padres de una joven fallecida en Alemania. El Correo.

Artículo de David Álvarez Barrios (economista Larrauri & Martí Abogados) de 16 diciembre en LegalToday.

Artículo de Javier Galán Caballero de 30 de noviembre de 2022 en el País. “Luisa contra el Estado por la herencia de seis millones de euros de una prima con la que apenas se saludaba”