

LA COMUNIDAD HEREDITARIA

PONENTE

D. Honorio Romero Herrero

Notario y Decano del I. Colegio Notarial de Zaragoza

COPONENTES

D. Carlos Carnicer Díez

Abogado y Decano del R. e I. Colegio de Abogados de Zaragoza

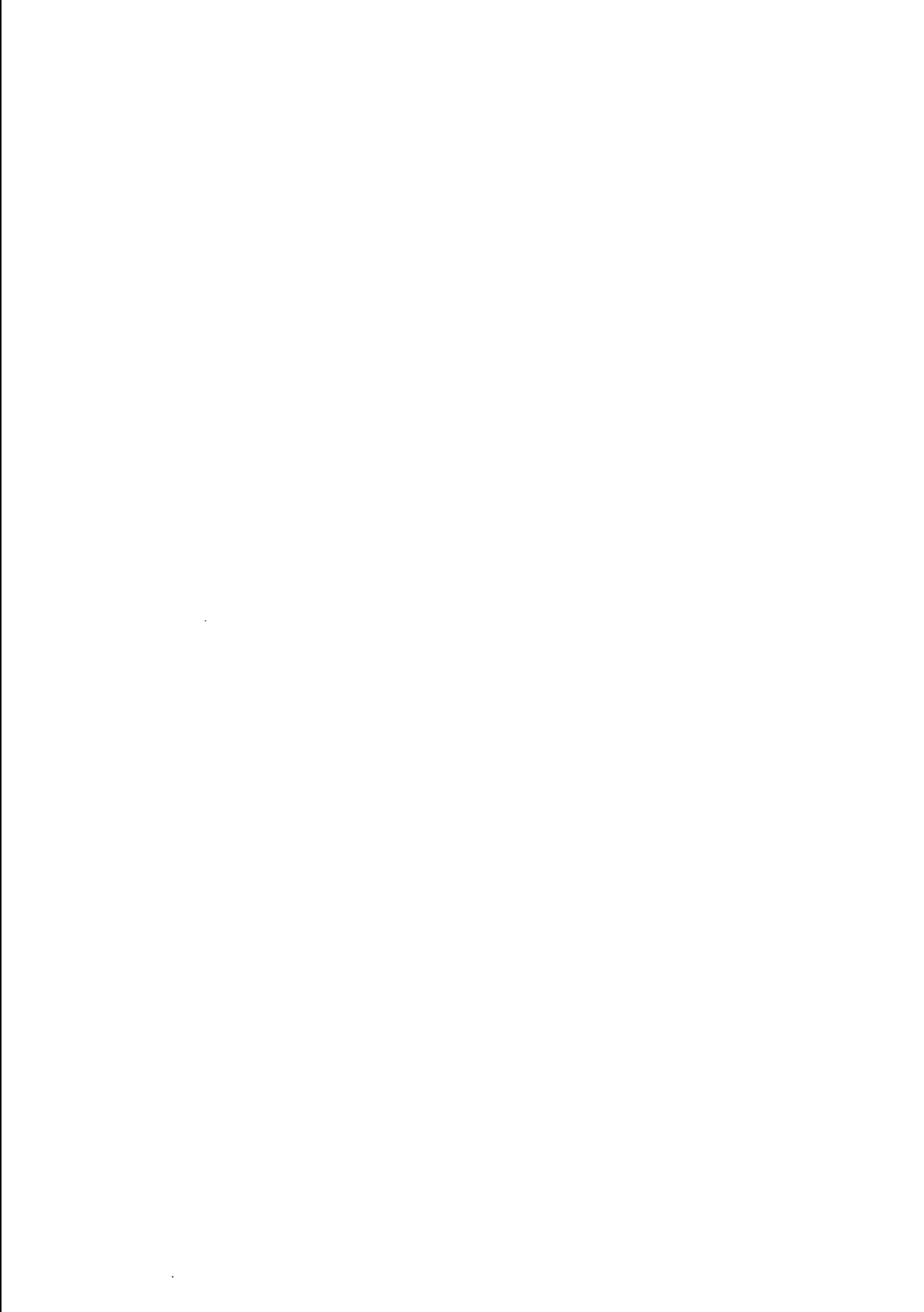
D. Francisco Serrano Gil de Albornoz

Abogado del Estado

MODERADOR

D. Pedro Gómez López

Abogado y Decano del I. Colegio de Abogados de Teruel



LA COMUNIDAD HEREDITARIA

por
Honorio ROMERO HERRERO (ponente) y Carlos CARNICER DÍEZ
y Francisco SERRANO GIL DE ALBORNOZ (coponentes)

Intervención de D. Pedro Gómez López (moderador)

Buenas tardes queridos amigos, queridos compañeros, desde mi condición de moderador de esta reunión voy a presentar a los tres ponentes y a expresar la satisfacción que me supone el presentarles porque son turolenses, ejercientes de turolenses, dos de ellos nacidos en Teruel: Honorio Romero Herrero, Notario y Decano del Colegio de Notarios de Zaragoza y Francisco Serrano Gil de Albornoz, Abogado del Estado.

También quiero presentar al otro coponente, Carlos Carnicer Diez, que aun cuando no ha nacido en Teruel, está casado con una turolense de Oliete. Por lo tanto es una gran satisfacción el pensar que tenemos aquí tres grandes juristas, tres grandes jurisconsultos que van a explicarnos sus ideas sobre la comunidad hereditaria.

Como decía el Justicia, este tema, teniendo en cuenta que se ha publicado recientemente la Ley de Sucesiones, debe entrañar ciertas problemáticas que es evidente que se van a ir resolviendo a medida que pase el tiempo, por lo tanto todas las conclusiones que aquí se saquen, que evidentemente se publicarán en las Actas, como siempre, ayudarán a que de alguna forma, estas dudas que puedan surgir en la interpretación de la Ley de Sucesiones vayan poco a poco solucionándose.

Sin más preámbulos se abre la exposición de la primera ponencia por D. Honorio Romero Herrero.

ESQUEMA

I. NATURALEZA JURÍDICA

Introducción

Derecho Romano

Derecho Germánico

Derecho Anglosajón

Código Civil

Ley de Sucesiones de Aragón

Doctrina: Rosa Sastre, García Granero y Cámara

II. CONTENIDO DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA

1. Objeto de la comunidad hereditaria

2.º Deudas y cargas hereditarias

Código Civil

Ley de Sucesiones de Aragón

3.º Posición jurídica del instituto en cosa cierta y del legatario de parte alicuota en la comunidad hereditaria

Criterios de distinción:

Literalista

Objetivista

Subjetivista

Posición de Cámara respecto al legado de parte alicuota

Ley de Sucesiones de Aragón

Heredero «Ex re certa». Art. 152 L. S.

Legatario de parte alicuota. Art. 153. L. S.

III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA

Introducción

Código Civil

Ley de Sucesiones de Aragón

1.º Administración de los bienes de la herencia

2.º Disposición de los bienes de la comunidad hereditaria

A) Venta de un bien concreto por uno solo de los coherederos antes de la partición

B) Cesión de derechos hereditarios

Retracto de coherederos

Posición jurídica en la comunidad hereditaria del cesionario de una cuota de la herencia:

Régimen de las deudas hereditarias

¿Puede ejercitar el cesionario de una cuota el retracto de coherederos?

Derecho de acrecer

C) Disposición de un bien concreto de la comunidad hereditaria por todos los coherederos

Capacidad dispositiva de los menores en Aragón

Disposición de bienes de menores de catorce años

1.º Supuesto general. Art. 13-2 Comp.

2. Exposición. Art. 13-1 Comp.

Disposición de bienes de menores de edad mayores de catorce años

Aspectos sucesorios de la Ley de Sucesiones de Aragón

Aspectos registrales

Capacidad dispositiva de los menores e incapacitados sujetos a tutela
 Principio general: Art. 271-2º C.c.
 Régimen establecido por el disponente
 El requisito de la pública subasta: 2015 L. E. C.
 Auto del T. S. de J. de Aragón de 17 de marzo de 1993
 Resolución D. G. de 12 de julio de 1999
 La Junta de Parientes no puede suplir a la autorización judicial. Auto de 29 de octubre de 1992
 Aspectos sucesorios
 Inscripción por el adquirente en el Registro de la Propiedad. Tracto sucesivo abreviado
 La condición de tercero hipotecario de quien adquiere desde la comunidad hereditaria

IV. ASPECTOS CONCRETOS DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA

- 1.º El derecho de opción de compra.
- 2.º El aval
- 3.º Ampliación de capital. El derecho de suscripción preferente
- 4.º Lo derechos de tanteo y retracto
- 5.º Elevación a públicos de documentos privados de compraventa
- 6.º La quiebra del causante, la quiebra de la herencia y la quiebra del heredero
- 7.º Escritura de obra nueva construida la vivienda por el causante y su esposa y formalizada en escritura por la viuda y los hijos.

Intervención de D. Honorio Romero Herrero. Ponente

I. NATURALEZA JURÍDICA

Existe comunidad hereditaria cuando con ocasión de una sucesión mortis causa, la herencia ha sido adquirida por varios herederos mediante la aceptación, pero aún no se ha realizado la partición.

Surge tan pronto como la titularidad de los derechos y obligaciones que integran la herencia, se localiza en los herederos, es decir, en el momento en que estos adquieren la herencia. No habiéndose asignado todavía a cada heredero objetos determinados y concretos, aunque sólo sea por partes indivisas, la titularidad de los derechos compete a todos los herederos en común.

La comunidad hereditaria comprende, por consiguiente, una suma o pluralidad de relaciones jurídicas. De esto se deriva que pueda ser concebida o como una comunidad sobre el patrimonio hereditario considerado un todo unitario, o como una suma de comunidades existentes sobre los distintos derechos singulares que comprenden la herencia.

Ahora bien, como nos dice García Valdecasas, de los dos tipos fundamentales de comunidad que la doctrina señala, el de la comunidad por cuotas y el de la comunidad en mano común, sólo este último puede informar y estructurar la comunidad sobre un patrimonio como un todo unitario.

Atendiendo a sus rasgos sobresalientes, reduce la doctrina los tipos de comunidad hereditaria a dos fundamentales: el romano de comunidad hereditaria por cuotas y el

germánico de comunidad en mano común. En lo esencial las legislaciones modernas siguen uno de los dos sistemas.

EN EL DERECHO ROMANO la comunidad hereditaria se resuelve en tantas comunidades por cuotas como objetos singulares existen en la herencia. Propiamente no se conoce una comunidad sobre el patrimonio hereditario. De la comunidad se excluyen aquellos objetos que son susceptibles de dividirse «*ipso iure*». En consecuencia, los créditos y deudas divisibles se dividen por ministerio de la ley entre los coherederos en proporción a sus cuotas, surgiendo tantos créditos o deudas independientes como coherederos. Créditos y deudas indivisibles pasan en su totalidad a cada uno de los coherederos que devienen así acreedores y deudores solidarios. También respecto de aquellos derechos reales que, como las servidumbres prediales, no admiten una división por cuotas, se constituye una especie de titularidad solidaria.

En cuanto a la propiedad y demás derechos reales divisibles, se establece una comunidad por cuotas. A cada coheredero le corresponde una cuota sobre cada objeto singular, la cual puede enajenar y gravar. En cambio no puede disponer de su total participación en la herencia. Para disponer de un objeto de la herencia en su totalidad, se necesita el acuerdo de todos los coherederos.

Finalmente la comunidad hereditaria se disuelve a instancia de cualquier coheredero que pida la división.

El rasgo más característico de la comunidad hereditaria romana es, sin duda, la atribución a cada coheredero de un derecho independiente sobre una cuota ideal de cada objeto hereditario. Derecho del cual puede disponer individualmente, sin contar con los demás herederos. En este aspecto, como en los demás de la comunidad hereditaria, se manifiesta el espíritu individualista de las leyes de Roma, que procuran reducir al mínimo los casos de comunidad y, cuando tiene que admitirla, reconocen al comunero la mayor autonomía posible.

Siguen en lo fundamental el sistema romano el Código francés y el italiano. Tanto en uno como en otro créditos y deudas se dividen «*ipso iure*» entre los herederos en proporción a sus cuotas. Sobre cada una de las cosas pertenecientes a la herencia se constituye una copropiedad por cuotas, sometida al régimen de la comunidad hereditaria, de donde se sigue que cada coheredero puede disponer libremente de su cuota en cualquier objeto singular. Pero también puede, a diferencia del sistema romano, enajenar la cuota hereditaria en su totalidad, dándose lugar, en caso de venta, a un derecho de retracto a favor de los demás coherederos.

EN EL DERECHO GERMÁNICO, cuando hay varios herederos, se constituye sobre el patrimonio hereditario una comunidad en mano común, «*Zun gesamten Hand*». Nos encontramos con que los derechos y obligaciones pertenecientes a la herencia pasan en su totalidad e indivisos a los coherederos. La titularidad del patrimonio hereditario compete al conjunto de los herederos. Esto no obsta a que cada uno tenga una participación en la herencia como un todo. Pero, en cambio, no tienen ninguna participación en cada uno de los objetos singulares. En consecuencia el coheredero carece de un derecho independiente sobre una parte ideal de cada objeto, del cual pueda disponer individualmente. Tampoco puede disponer de su participación en el patrimonio. Sólo el conjunto de los herederos, la mano común, está facultada para disponer sobre cualquier objeto singular.

Cualquier coheredero puede poner fin a la situación de comunidad instando la división de la herencia.

En el Derecho moderno destaca el Derecho alemán entre los que acogen el sistema germánico de comunidad hereditaria. Así pues, con arreglo al B.G.B. el coheredero no puede disponer de su participación o cuota en los objetos singulares del patrimonio hereditario. Pero sí puede, y en esto se desvía la ley de los principios germánicos, disponer de su total participación en la herencia.

En el Derecho alemán la participación del coheredero en la herencia se expresa cuantitativamente en una porción aritmética o cuota. La cuota se refiere al patrimonio hereditario en su totalidad y no a los derechos singulares que lo integran, carecen los coherederos de un derecho independiente sobre una cuota de cada objeto singular. La titularidad de cada uno de estos derechos radica en el conjunto de los coherederos y sólo el conjunto, la mano común, puede disponer del derecho en su totalidad o en una parte o cuota del mismo.

En contraste con el Derecho continental las comunidades de tipo anglosajón desconocen la comunidad hereditaria. **La sucesión en Inglaterra** no se defiere directamente a los herederos, sino a un ejecutor o administrador designado por el testador o por la Alta Corte de Justicia, cuya misión es llevar a término la liquidación de la herencia y entregar a cada coheredero la parte que le corresponda en el activo. Este sistema de halla muy difundido en los Estados Unidos.

EN NUESTRO DERECHO el Código civil apenas si se ocupa de esta situación especial y transitoria que se produce a la muerte del causante cuando los herederos son varios.

El Código civil no nos aclara cual es el principio fundamental que informa la comunidad hereditaria. Por una parte, el artículo 1.084 constituye un indicio contrario al tipo de comunidad romana al disponer que «hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio». En uno y otro caso el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, hubiese quedado él solo obligado al pago de la deuda». Implícitamente deja sentado este precepto que las deudas del causante no se dividen de derecho entre los coherederos en el momento de adquirir éstos la herencia, pues dicho efecto es radicalmente incompatible con la responsabilidad solidaria que en términos generales sanciona el citado artículo para todas las deudas hereditarias sin distinguir entre deudas divisibles e indivisibles. Pero en cambio, otros preceptos como el artículo 1.514 párrafo 2º y el 1.517 sobre el ejercicio del retracto convencional por, o frente, a cada uno de los coherederos, arguyen en favor de la comunidad por cuotas de tipo romano.

La Ley de Sucesiones de Aragón de 24 de febrero de 1999 en su art. 54 dispone que «los acreedores hereditarios, incluido el heredero que también lo sea, mientras no se realice la partición habrán de proceder contra todos los herederos para exigir el pago de las deudas y cargas de la herencia». Y el art. 56-1: «hecha la partición, los acreedores hereditarios pueden exigir el pago de cualquiera de los herederos hasta el límite de su responsabilidad»; y el párrafo 3 de este art. 56 dispone que «el demandado tiene derecho a hacer llamar a sus coherederos para que intervengan en el proceso, a menos que por disposición del causante o su fiduciario o a consecuencia de la partición hubiese quedado él sólo obligado al pago de la deuda». Al igual que el Código civil, la Ley de Sucesiones de Aragón deja sentado que las deudas del causante no se dividen de derecho entre los coherederos en el momento de adquirir éstos la herencia.

La doctrina y la jurisprudencia han tenido que suplir esta omisión y en la actualidad puede decirse que las conclusiones prácticas a que se ha llegado al respecto son bas-

tante claras, aunque no exista unanimidad a la hora de puntualizar cuál es la naturaleza jurídica de esta comunidad especial.

La comunidad hereditaria española, y la aragonesa también, sería comunidad sobre la herencia como un todo. Ciertamente que dentro de ella se pueden distinguir como nos dicen García Valdecasas y Cámara tantas comunidades como derechos singulares integran la herencia, pero en cada una de estas comunidades no existe división por cuotas ni puede pedirse la división material del objeto; son típicamente comunidades «Zur gesamen Hand» (en mano común). La comunidad sobre el patrimonio, en cambio, lleva consigo la existencia de cuotas disponibles y la posibilidad de pedir la división de la herencia. Pero esto no desvirtúa el principio de la mancomunidad.

El patrimonio hereditario pertenece al conjunto de los coherederos y de ello se deriva una radical separación entre la herencia indivisa y los patrimonios particulares de los coherederos. Separación que se manifiesta también, como veremos más adelante, en el sometimiento del patrimonio indiviso a un régimen especial de administración, uso, disfrute y disposición; en la sujeción a la responsabilidad por las deudas hereditarias, en la aplicación del principio de subrogación real, e incluso en la posibilidad de relaciones jurídicas entre la herencia y los patrimonios particulares de los herederos.

Para Roca Sastre, la comunidad hereditaria debe calificarse en nuestro Derecho como comunidad ordinaria (sentencia de 25 de junio de 1945), si bien ofrece especiales características debidas: a recaer sobre un patrimonio y no sobre una finca o derecho determinado; a que la negociabilidad de la cuota hereditaria quede reducida al contenido económico de la misma, dado que la cualidad de heredero es de índole personalísima (art. 1.531 del Código civil); a la circunstancia de la responsabilidad solidaria de los herederos por las deudas de la herencia (arts. 1.084 y siguientes del Código civil); y al fenómeno de continuación por los herederos de la personalidad económica del de «cuius». Registralmente sólo tiene reflejo por medio de la correspondiente anotación preventiva de derecho hereditario (arts. 42, párrafo 6º, y concordantes de la Ley Hipotecaria y de su Reglamento).

Para García Granero la comunidad hereditaria es una institución híbrida o intermedia que presenta puntos de coincidencia tanto con la comunidad romana como con la germánica. En el régimen interno, y en cuanto al goce de las cosas comunes, se rige por las reglas de la proindivisión romana, de la que toma también el carácter transitorio y la existencia de cuota. En el régimen externo, a efectos de garantía de los acreedores de la herencia y de ejercicio de los poderes dispositivos, actúan los principios rectores de la «Gesamta Hand», de la que asimismo recibe la indeterminación e inconcreción de los derechos eventuales de los coherederos.

Para concluir este punto de la naturaleza jurídica y siguiendo a Cámara podemos establecer las siguientes consecuencias de esta manera de entender la comunidad hereditaria:

1ª. Ningún coheredero puede ejercitar la acción de división sobre una o varias cosas concretas de las que forman parte de la herencia, sino que la acción de división se refiere a ésta en su conjunto. Así se deduce del artículo 1.052, a cuyo tenor todo heredero que tenga la libre administración y disposición de sus bienes podrá pedir la partición de la herencia. Está claro, pues, que el objeto del derecho a pedir la partición se proyecta sobre la herencia, no sobre cada bien hereditario en particular.

De todos modos hay que hacer una salvedad. Puestos de acuerdo todos los herederos pueden concretarse a dividir una parte de la herencia, resultando cada adjudicatario

dueño de los bienes que se le adjudique en esa partición parcial, sin perjuicio de que la comunidad subsista sobre el resto.

2º. Ningún heredero puede disponer de una cuota parte de un bien concreto de la herencia por sí y ante sí, es decir, si el heredero está instituido en un tercio no puede disponer de una tercera parte indivisa de una cosa concreta de la herencia. Así lo afirman, por ejemplo, las sentencias de 21 de abril de 1971 y de 5 de mayo de 1972. Naturalmente, tampoco cabe la disposición unilateral sobre bienes determinados.

Sin embargo, eso no quiere decir que la venta sea necesariamente nula, aunque sobre este punto la jurisprudencia es un tanto vacilante. Así, mientras la sentencia de 5 de julio de 1953 declara nula la venta de bienes hereditarios realizada por uno sólo de los herederos, la de 5 de julio de 1958 proclama la validez de la venta aunque con eficacia condicional, o sea, subordinada al hecho de que la cosa vendida le sea adjudicada en todo o en parte en las operaciones divisorias. Otros fallos (por ejemplo, la sentencia de 5 de febrero de 1968) encuentran cierta analogía entre esta hipótesis y la venta de cosa ajena, por lo que concluyen afirmando la eficacia obligacional de la venta.

3º. Por el contrario, cada coheredero puede disponer, sin contar con los demás, de su cuota sobre el total caudal hereditario como resulta implícitamente del artículo 1067.

Después de lo dicho se comprende que no sea fácil, desde un punto de vista meramente conceptual, puntualizar la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria. Para Cámara se trata de una manifestación especial de la comunidad romana (hay cuotas, disponibilidad sobre las mismas y acción para pedir la división que, en esencia, son las notas que tipifican a la comunidad romana), pero referida no a una serie de cosas y derechos considerados aisladamente, sino a la herencia como un todo, es decir, como unidad patrimonial; lo que no significa, sin embargo, que la herencia, como las universalidades en general, sea un objeto autónomo de derechos que se sobreponga a la pluralidad de los objetos componentes. Acontece, únicamente, que la totalidad de esos objetos queda sujeta a un tratamiento conjunto y unitario.

II. CONTENIDO DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA.

1º. OBJETO DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA

El artículo 659 C.c. dispone que la sucesión comprende los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte del causante. En el mismo sentido el art. 1 de la Ley de Sucesiones de Aragón dispone: «La sucesión por causa de muerte es la ordenación del destino de las relaciones jurídicas de una persona fallecida que no se extingan por su muerte y no estén sujetas a reglas distintas». Es evidente, pues, que las sucesiones hereditarias no abarcan todas las relaciones jurídicas del finado.

Como dice Lacruz, el art. 659 no es un precepto dirigido a fijar el contenido de la herencia, sino el ámbito del fenómeno sucesorio; todas las posiciones heredables deben ser heredadas. Por lo que la pregunta que debemos hacernos es la siguiente ¿qué posiciones pueden ser objeto de transmisión mortis causa?

Ni el Código ni la Ley de Sucesiones dan una regla general acerca de ello. La jurisprudencia apenas se ha ocupado del problema. La sentencia de 11 de octubre de 1943 se limita a decir que son intransmisibles «en principio y con ciertas salvedades, los derechos de carácter público, los personalísimos o de tal suerte ligados a determinada per-

sona por sus cualidades, parentesco...; y, por último, algunos derechos patrimoniales de duración limitada, legal o convencionalmente, a la vida de una persona.

Rivas Martínez hace una sucinta indicación de qué elementos no componen la herencia y para ello los agrupa en los siguientes apartados:

1. Derechos que no integran la herencia.

— Por su duración vitalicia.

El usufructo (art. 513 n° 1 C.c.) el uso (art. 525 C.c.) y la habitación (art. 529 C.c.), la renta vitalicia (art. 1.808 C.c.).

— Por su carácter personalísimo.

1° Los derechos de carácter familiar, la patria potestad, la tutela.

2° Los dimanantes de relaciones contractuales consideradas «intuitu personae», como las derivadas: del contrato de trabajo, que se extinguen por muerte del trabajador; del arrendamiento de obra si fue concertado con el ejecutor «por razón de sus cualidades personales» (art. 1.595 C.c.); del mandato (arts. 1.732 n° 3 con las particularidades previstas en los arts. 1.738 y 1.739); de la comisión mercantil respecto al comisionista fallecido (art. 280 C. de Comercio), y del comodato hecho en consideración de la persona del comodatario (art. 1.742 C.c.), sin perjuicio de la transmisión de las resultas patrimoniales pendientes de liquidar de todos estos contratos.

3° La condición de socio en las sociedades civiles (arts. 1.680 y 1.700 número 3 C.c.) en las compañías mercantiles colectivas y en comandita por muerte de un socio colectivo (art. 221 n° 1 C. de Comercio), aunque sí se transmite el contenido patrimonial inherente (art. 1.704, ap. 2° del párrafo 1° del C.c.), y es válido el pacto de que continúe la sociedad entre los socios sobrevivientes y los herederos del fallecido (arts. 1.704 C.c. y 222 n° 1 del C. de Comercio), si bien, en ese caso, la mera aceptación de la herencia no implica la adquisición de la condición de socio, sino sólo de la facultad de aceptarla, que puede ejercitarse «mediante hechos que demuestren la intención de realizarla» (S. de 3 de marzo de 1959).

— Por tener un destino predeterminado, entre otros.

1° Los bienes donados con pacto de reversión, sea a favor del donante o a favor de otras personas (art. 641 C.c.). Igualmente, los bienes sometidos a sustitución fideicomisaria (art. 781 y siguientes C.c.), sin perjuicio de que formen parte de la herencia del sustituido las deducciones que a éste «correspondan por gastos legítimos, créditos y mejoras, salvo que el testador haya dispuesto otra cosa» (art. 783, 2° C.c.).

2° En los matrimonios regidos por el C.c., cualquiera que sea su régimen económico matrimonial, conforme al art. 1.321 C.c.: «Fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber. No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor». Y las ventajas reguladas en el art. 57 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón.

3° Los bienes en que se verifique la reversión legal o retorno sucesorio (art. 812 C.c.).

2. Derechos que componen sólo relativamente la herencia.

— Los bienes integrantes de donaciones efectuadas por el causante y sujetos a revocación, pues su integración a la herencia de éste dependerá del ejercicio victorioso de la correspondiente acción de revocación.

— Los bienes sujetos a reserva viudal que sólo integran la herencia del cónyuge viudo respecto de quienes sean hijos comunes de ambos cónyuges.

Por otra parte, como nos dice García Valdecasas, pertenecen a la comunidad hereditaria aquellos bienes y derechos que son consecuencia del desarrollo mismo del patrimonio hereditario, como los frutos civiles y naturales mientras no se dividan. Y también caen dentro de la comunidad los bienes y derechos que ingresan en la herencia por virtud del principio de subrogación real, a saber:

1°. Lo que se adquiere a consecuencia del ejercicio de un derecho perteneciente a la herencia y lo que se recibe en concepto de indemnización por la pérdida o deterioro de objetos hereditarios.

2°. Lo que se adquiere por virtud de un negocio jurídico referente a la herencia, bien sea porque el adquirente manifiesta su voluntad de adquirir para la comunidad, bien sea porque la adquisición se efectuó a costa del caudal hereditario, en cuyo caso debemos presumir que es para la herencia.

2°. DEUDAS Y CARGAS HEREDITARIAS

Las deudas hereditarias comunes —las que gravan a un sólo coheredero quedan al margen de la comunidad— no se dividen «*ipso iure*» entre los coherederos ni aun en el caso de que su objeto sea divisible. Su titularidad radica en todos los coherederos.

La ejecución del patrimonio hereditario por las deudas hereditarias, no requiere la previa aceptación de la herencia por los coherederos, pues la herencia responde de las deudas hereditarias siempre e independientemente que haya sido o no aceptada. Además, como en nuestro Derecho rige el sistema de adquisición «*ipso iure*» de la herencia en el momento de morir el causante, desde este momento y antes de la aceptación son titulares del patrimonio hereditario los llamados, y, por consiguiente, los acreedores se dirigirán, no contra una herencia que no existe, sino contra la comunidad de herederos. La responsabilidad del patrimonio hereditario por las deudas hereditarias no puede subordinarse al hecho de que la herencia haya sido aceptada. La doctrina establecida por nuestra jurisprudencia, conforme a la cual para exigir a los herederos responsabilidad por las deudas hereditarias se requiere previamente hayan aceptado la herencia, debe entenderse limitada a la exigencia de la responsabilidad personal de los herederos.

El régimen jurídico de las deudas de la comunidad hereditaria es distinto en el Código civil al regulado en nuestro Derecho aragonés.

CÓDIGO CIVIL.— «De las deudas responde, desde luego, el patrimonio hereditario indiviso, pero también los patrimonios personales de los herederos que aceptaran la herencia pura y simplemente (art. 1.003 C.c.)»

El problema que se plantea es si el acreedor hereditario puede, durante el período de indivisión, hacer efectiva esta responsabilidad personal y, en caso afirmativo, si podrá reclamar la deuda entera o sólo la parte proporcional a la participación del coheredero.

El artículo 1.084 C.c. establece la responsabilidad solidaria de los herederos por las deudas hereditarias, una vez hecha la partición. «A sensu contrario» podría entenderse que mientras la herencia se halla indivisa los acreedores hereditarios no podrán exigir el pago de la deuda por entero de cualquiera de los coherederos. Sólo quedaría por saber si, al menos, podría exigir el pago de la parte correspondiente a cada coheredero.

Para García Valdecasas, la solución más conforme con el espíritu del artículo 1.084 C.c. sería que el coheredero, mientras la herencia está indivisa, respondiera con su patrimonio personal sólo de la parte de deuda correspondiente a su participación hereditaria. Así pues, mientras subsiste la comunidad hereditaria la responsabilidad personal de los coherederos puros sería mancomunada siempre.

Cámara sostiene que por la aceptación pura y simple se opera una confusión entre el patrimonio hereditario y el particular del heredero. La consecuencia fundamental que se deriva de ello es que el heredero, como señala el artículo 1.003, quedará responsable de las cargas de la herencia, no sólo con los bienes de ésta, sino con los suyos propios. Eso quiere decir que el heredero responde «ultra vires hereditatis» de las deudas del causante y de las cargas que éste hubiere impuesto en su testamento, de modo que si el activo hereditario no basta para cubrir todas esas atenciones, el heredero tendrá que hacer frente a las mismas con los bienes que haya adquirido antes o después de heredar, contra los que podrán dirigirse los acreedores del causante y los legatarios en su caso.

Pero, además de este efecto relativo a la responsabilidad, la doctrina dominante estima, interpretando «sensu contrario» el artículo 1.023 C.c., que los patrimonios se confunden. Los efectos de la confusión, de ser plena, implicarían no sólo la extinción de los derechos que el heredero tuviera contra el causante, sino, además, que se formaría una sola masa patrimonial, sobre la cual podrían concurrir, sin preferencia entre ellos (salvo la que pudiera derivar de la naturaleza especial de los créditos) los acreedores del causante, los del heredero y los legatarios.

El Derecho romano, para evitar este resultado que se reputaba injusto, conoció un instituto especial, la separación de patrimonios que se concedía a instancia de los acreedores del difunto para evitar el peligro que para ellos podía suponer que la herencia de su deudor fuese adquirida por un heredero insolvente. La institución ha sido recogida por la Compilación Navarra y por la legislación Catalana pero no por el Código civil.

Sin embargo, recientemente, parte de la doctrina sostiene que los efectos rigurosos que se siguen de la confusión de patrimonios llevada hasta sus últimas consecuencias, no pueden fundarse en la interpretación a contrario del artículo 1.023-3 y que de otros preceptos del Código (arts. 807, 1.034 y 1.082) resulta que puede sostenerse que los acreedores de la herencia tienen preferencia sobre los bienes hereditarios a los particulares del heredero y que a éstos se anteponen, así mismo, los legatarios.

Para Cámara, estos preceptos no autorizan soluciones tan concluyentes. Sobre todo, parece necesario para que se pueda invocar la preferencia de los acreedores del causante sobre los del heredero que se puedan individualizar los bienes hereditarios. De aquí, que el cauce normal para hacer efectiva la preferencia sea el juicio de testamentaria o abintestato, dado que la L.E.C. legitima a los acreedores para promover este juicio y asimismo prohíbe la entrega de los bienes herenciales a los herederos y legatarios mientras no se pague o garantice a los acreedores. Concluye Cámara este punto manifestando que resulta problemático mantener la preferencia de un acreedor hereditario sobre el acreedor particular de un heredero.

Más lógico resulta defender la preferencia de los acreedores hereditarios sobre los legatarios. El argumento no es, como entiende parte de la doctrina, el art. 643 C.c., por analogía, sino que sería éste: «los acreedores de una persona deben ser preferentes, prima facie, a los adquirentes a título gratuito, cuando el patrimonio del deudor después del desplazamiento patrimonial gratuito es insuficiente para hacer frente al pago del pasivo.»

El régimen jurídico de las deudas y cargas de la herencia resulta distinto si consideramos con García Valdecasas que antes de la partición hay separación de patrimonios o si entendemos con Cámara que se da la confusión desde el mismo momento de la aceptación de la herencia. Todo ello con las vacilaciones y dudas que ambos autores exponen.

Con Vara González destacaremos los siguientes aspectos a tener en cuenta:

1º. La existencia de deudas hereditarias no elimina las facultades dispositivas de los herederos, de igual modo que las deudas no afectan por sí solas al poder de disposición del deudor. Nuestro Derecho sucesorio no ha optado por un sistema de liquidación, como es el propio de las legislaciones de los países anglosajones.

Si la compraventa desde la comunidad hereditaria se realiza en fraude de acreedores, estos podrán ejercitar la acción revocatoria o pauliana, conforme a su régimen general (art. 1.111 C.c.). Si se demuestra la complicidad en el fraude del comprador, la acción le podrá afectar en los términos del art. 37.4 L.H.

2º. Partiendo del principio según el cual los acreedores del causante son preferentes tanto a legitimarios, como a legatarios y a acreedores del heredero, estos acreedores hereditarios pueden hacer valer su preferencia respecto a legitimarios y legatarios por alguna de las siguientes vías:

a. Oponiéndose a que se lleve a cabo la partición hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos (art. 1.082 C.c.)

Este artículo permite a los acreedores de la herencia evitar que el derecho hereditario del heredero, embargado por sus acreedores particulares, pueda concretarse en bienes determinados.

b. Reclamando el pago de sus créditos a través de la interposición de los juicios universales de testamentaria o abintestato. Les otorgan legitimación para ello los arts. 1.038.4 L.E.C y 1.093 L.E.C.

A través de estos procedimientos podrán solicitar los acreedores la anotación preventiva del derecho hereditario, mediante la cual se refleja la titularidad de los herederos, y a su vez pedir sobre tal anotación, la anotación preventiva de sus propios derechos como acreedores. El art. 46 L.H. concede legitimación para solicitarla a quienes tengan derecho a promover el juicio de testamentaria, por tanto también los acreedores; a su vez, el derecho hereditario anotado puede ser objeto de otra anotación. Confirma esta interpretación el art. 146.4 R.H.

Además, los acreedores pueden solicitar anotación preventiva de prohibición de disponer de todos o cualesquiera inmuebles hereditarios (art. 42-4 L.H.).

c. Dirigiéndose contra un bien concreto de la herencia, fuera del juicio de testamentaria.

Cuando la deuda esté especialmente asegurada con garantía real, el fallecimiento del deudor no afectará al desenvolvimiento de tal garantía. En ese caso, el art. 1.040 L.E.C. les niega legitimación para interponer el juicio de testamentaria.

3º. Considerar con la mayoría de la doctrina que la responsabilidad de los herederos es solidaria, no solo después, como claramente enuncia el art. 1.084 C.c., sino incluso antes de la partición. La opción que el legislador elige rompe con la tradición histórica y los precedentes legislativos inmediatos, y va en contra de la regla general de la mancomunidad que establece el art. 1.137 C.c. Este criterio implica un refuerzo de la posición del acreedor frente al fenómeno sucesorio. La solidaridad de los coherederos

cumple una función de garantía y no tiene sentido que varíe su régimen como consecuencia de un acto ajeno al acreedor, como es la partición.

El T.S. apoya la tesis de la responsabilidad solidaria antes de la partición en S.s. 9-enero-1901, 28-enero-1919 y 22-junio-1931. No obstante la reclamación judicial de la deuda obligará al acreedor a demandar a todos los coherederos, en régimen de litisconsorcio pasivo necesario (S. 29-noviembre-1929). Esta tesis jurisprudencial representa una variante a la facultad de emplazamiento, que, para después de la partición, regula el art. 1.084-2 C.c.

La reclamación judicial podrá dar lugar al embargo del bien correspondiente. El art. 166-1 párrafo primero del R.H. permite el embargo de los bienes que en el Registro aún figuren a nombre del causante, ya sea por no haberse aceptado la herencia, por no haberse realizado la partición, o por no haberse inscrito.

Por tanto, la anotación de embargo alertará a quien adquiere desde la comunidad hereditaria sobre la preferencia de los acreedores respecto a la adquisición proyectada. Se aplican, por lo demás, las reglas generales de colisión entre embargos y actos dispositivos.

Ley de Sucesiones de Aragón

La Ley 1/1999, de 24 de febrero, de sucesiones por causa de muerte en Aragón, siguiendo el criterio histórico del Derecho aragonés, parte de unos principios distintos al Código civil en esta materia. Estos principios son los siguientes:

1º. Limitación de la responsabilidad del heredero.

El heredero, incluido el troncal, responde de las obligaciones del causante y de los legados y demás cargas hereditarias exclusivamente con los bienes que reciba del caudal relicto, aunque no se haga inventario (art. 40-1 L.S.)

Sin embargo, cuando los bienes heredados existentes no sean suficientes, el heredero responderá con su propio patrimonio del valor de lo heredado que enajene, consuma o emplee en el pago de créditos hereditarios no vencidos, así como del valor de la pérdida o deterioro que, por su culpa o negligencia, se produzca en los bienes heredados (art. 40-2, L.S.).

2º. Separación de patrimonios.

La fusión de patrimonios no se produce en daño del heredero ni de quienes tengan derechos sobre el caudal relicto (art. 42-1, L.S.).

La aceptación de la herencia no produce la extinción de los derechos y créditos del heredero contra la herencia, ni de los de ésta contra aquél (art. 42-2, L.S.).

3º. Regula las preferencias entre los acreedores de la herencia, los legatarios y los acreedores personales del heredero.

Así dispone el art. 44-1 que «con relación a los bienes del caudal relicto, los acreedores de la herencia gozan de preferencia sobre los legatarios y ambos sobre los acreedores personales del heredero.

Sin embargo cuando el heredero deba responder con su patrimonio personal del valor de lo heredado que es el supuesto contemplado en el art. 40-2 L.S., los acreedores hereditarios y legatarios concurrirán sin preferencia con los acreedores particulares del heredero (art. 44-2 L.S.) Es decir, se produce una plena fusión de patrimonios.

4º. Cargas hereditarias.

Entre las cargas hereditarias se incluyen los gastos causados por la última enfermedad del causante, así como los de su funeral y entierro o incineración, los de conservación y defensa de los bienes de la herencia causados en interés común y cualesquiera otros de naturaleza análoga (art. 41 L.S.).

5º. Pago y embargo de bienes del heredero.

Destacar que conforme al art. 46 L.S. el heredero puede pagar las deudas y cargas de la herencia con los bienes recibidos del caudal relicto o con su propio patrimonio, pero que si paga más del valor de lo heredado los acreedores no estarán obligados a restituir.

El art. 43 nos dice que «el heredero puede oponerse al embargo de bienes de su propio patrimonio basado en créditos contra la herencia por la vía de la tercería de dominio».

6º. Derechos de los acreedores. Citaremos los siguientes:

a) Antes de la partición los acreedores hereditarios habrán de proceder contra todos los herederos para exigir el pago de las deudas y cargas de la herencia (art. 54 L.S.).

b) Los acreedores hereditarios reconocidos como tales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición hasta que se les pague o garantice el importe de sus créditos (art. 55-2 L.S.).

c) Los acreedores de uno o más de los partícipes pueden intervenir a su costa en la partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos (art. 55-2 L.S.).

d) Hecha la partición, los acreedores hereditarios pueden exigir el pago de cualquiera de los herederos hasta el límite de su responsabilidad (art. 56-1 L.S.).

e) El coheredero demandado tiene derecho a hacer llamar a sus coherederos para que intervengan en el proceso (art. 56-3 L.S.).

El coheredero que hubiese pagado más de lo que le corresponda por su participación en la herencia, puede reclamar la diferencia procediendo contra los demás coherederos y, si se ha practicado la partición, puede reclamar a cada uno su parte proporcional hasta el límite de su respectiva responsabilidad (art. 57 L.S.).

3ª. POSICIÓN JURÍDICA DEL INSTITUÍDO EN COSA CIERTA Y DEL LEGATARIO DE PARTE ALÍCUOTA EN LA COMUNIDAD HEREDITARIA

La distinción entre heredero y legatario, a primera vista, parece fácil. Será heredero el sucesor mortis causa a título universal y legatario el sucesor mortis causa a título particular. Este es el criterio del art. 660 C.c.

En primer lugar, conviene profundizar en el alcance de lo que quieren expresar ambos conceptos. Suceder a título universal significa subrogarse en la titularidad de un patrimonio, es decir, en las relaciones jurídico-patrimoniales del causante consideradas globalmente. Lo que significa que se sucede en el activo, pero también en el pasivo; es más, se puede ser heredero y no recibir activo alguno, porque en la herencia no haya más que deudas o porque el valor del pasivo exceda del activo, de suerte que después de satisfecho aquél nada le quede al heredero y aun éste tenga que responder con sus bienes, si no se acogió al beneficio de inventario. En cambio, el legatario es fundamen-

talmente un adquirente de activo; en principio, de bienes, derechos o cantidades determinadas que, incluso, pueden no pertenecer a la herencia. El legatario no responde de pasivo, salvo en el caso especial en que el testador le haya impuesto como carga el pago de una deuda (art. 858-2).

Por otra parte, el heredero, se dice, es algo más que un sucesor a título universal. Al subrogarse en la posición jurídica del difunto, cabe que esa subrogación comporte algo más que la adquisición de relaciones jurídico-patrimoniales. El heredero puede hacer valer ciertas acciones que, rigurosamente hablando, no «son herencia», es decir, no forman parte del caudal hereditario. La doctrina alude, por ejemplo, al derecho moral de autor o la legitimación para ejercitar en ciertos casos acciones de filiación.

Otra cuestión, aparentemente sencilla, pero que puede complicarse mucho, es la de determinar cuándo el llamado a la herencia es efectivamente un heredero. El llamado será heredero cuando se le deje el patrimonio hereditario o una parte alícuota del mismo, considerado en su totalidad, si los llamados son varios.

Efectivamente es así, en principio, y por eso ningún problema plantea a este respecto la sucesión abintestato. Los sucesores intestados de una persona, llamados por la ley a recibir la herencia como «universum ius» o una parte de la misma. Mas la cuestión cambia de aspecto si de sucesión testamentaria se trata.

En sede de la sucesión testamentaria se plantea un doble problema: ¿Es posible que el testador instituya heredero a una persona aunque no le deje más que una o varias cosas determinadas? ¿Cabe, por el contrario, que el testador deje a alguien y a título de legado una parte alícuota de su herencia?

En principio, parece que tanto la institución de heredero «ex re certa» como el legado de parte alícuota son figuras contradictorias. Si la esencia de la posición jurídica del heredero consiste en subrogarse en el patrimonio del causante, parece que la lógica exige que esa subrogación no encuentre más que un límite: el hecho de que a la herencia hayan sido llamados varios herederos, ya que supuesta la posibilidad de nombrar varios herederos, es evidente que cada uno de ellos no pueda suceder en la totalidad del patrimonio. Pero la esencia de la sucesión a título universal no debería admitir otra excepción.

Paralelamente, el legado de parte alícuota parece un contrasentido. Desde el momento en que a cierta persona se le deja una cuota parte de la herencia aparece que esa persona es, por hipótesis, un sucesor a título universal, es decir, un heredero.

Sin embargo, ni histórica ni doctrinalmente, puede negarse la viabilidad tanto de la institución «ex re certa» como del legado de parte alícuota. Porque, en rigor, una cosa es la esencia de las respectivas posiciones jurídicas de heredero y legatario y otra la determinación de cuándo se ostenta una u otra posición.

Relativamente a este punto se pueden registrar tres criterios: el literalista, el objetivista y el subjetivista.

Con arreglo al criterio literalista (propio del Derecho romano) es heredero aquel a quien el testador le ha nombrado con esta palabra en el testamento. Está claro que de acuerdo con este sistema la institución «ex re certa» era perfectamente comprensible como dice Cámara. El instituido en el fundo X, por ejemplo, era heredero sencillamente porque el testador le había llamado así y entonces, al serlo, sucedía no solamente en el bien concreto en el que le había instituido, sino en toda la herencia. Igualmente, aquel a quien se le dejaba una parte alícuota de la herencia no era heredero porque la adquisición de esta cualidad dependía del «momen iuris», y como el testador no lo había utilizado, sólo podía ser legatario. Ahora bien, en tanto legatario sólo puede exigir del here-

dero el valor que represente su cuota en el activo hereditario líquido; es decir, la herencia pasa como un todo al heredero y el legatario sólo es titular de un crédito contra el heredero para que le abone el valor líquido de la cuota que le ha sido legada.

Según el punto de vista objetivista debe prevalecer el contenido de la disposición sobre las palabras. De esta suerte, el instituido en cosa cierta debe reputarse legatario y sólo habrá de recibir la cosa legada, y el legatario de parte alícuota será heredero, con todas las prerrogativas y cargas que ello lleva consigo, aunque el testador le haya llamado legatario. Esta solución, que en principio parece la más congruente con lo que constituye la esencia de la posición jurídica de herederos y legatarios, tiene en nuestro Código Civil un punto de apoyo muy sólido. El artículo 768 dice que el heredero instituido en cosa cierta y determinada será considerado como legatario. El precepto, pues, parece concluyente en el sentido de excluir la viabilidad de la institución «ex re certa» y, paralelamente, también se opone a la conceptualización del legado de parte alícuota como tal legado, porque si el instituido en cosa cierta es legatario, «sensu contrario», el legatario de parte alícuota será heredero. Un sector importante de la doctrina española aceptó y acepta esta solución.

Mas hay un tercer criterio, el subjetivista. Lo decisivo no son ni las palabras ni el contenido objetivo de la disposición, sino la verdadera intención o voluntad del testador. Esta tercera tesis, hoy por hoy la más en boga, encuentra su fundamento en los arts. 668 y 675 del C.c. Según el primero, el testador puede disponer de sus bienes a título de herencia o a título de legado, pero, en la duda, aunque el testador no haya usado materialmente la palabra heredero, si su voluntad está clara acerca de este concepto, valdrá la disposición como hecha a título universal o de herencia. Por su parte, el art. 675 nos dice que toda la disposición debe ser entendida en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador. En caso de duda, se observará lo que aparezca más conforme a la intención del testador según el tenor del mismo testamento.

Obviamente, parece que según estas normas lo decisivo es la voluntad testamentaria. Ahora bien, y aquí está el nudo de la cuestión, ¿cómo puede saberse cuál fue la verdadera voluntad del testador? Teóricamente es claro que el testador puede haber querido instituir heredero al que sólo dejó, «en principio» una cosa de la herencia; o, viceversa, hacer únicamente legatario a aquel a cuyo favor dispuso de una parte alícuota del caudal. Mas ¿cómo saber si el testador ha querido realmente un efecto contradictorio, aparentemente al menos, con las palabras empleadas, o para decirlo más exactamente, con la que podríamos llamar con Cámara forma extrínseca de la atribución patrimonial «mortis causa»? No es fácil contestar a este interrogante.

Relativamente a la institución «ex re certa», lo importante, para que realmente haya institución, es que del contenido de la disposición testamentaria se desprenda la compatibilidad de la atribución de cosas ciertas, e incluso del «nomen» empleado por el testador, con los efectos fundamentales de la institución de heredero, de modo que lo decisivo es constatar si dicha atribución desvirtúa o no el título de heredero. El problema ha de resolverse caso por caso mediante una ponderada interpretación del testamento.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo no parece muy inclinada a reconocer la figura de la institución «ex re certa» (salvo en el supuesto de partición hecha por el testador, sentencia de 7 de junio de 1899), pero, en cambio, es francamente favorable a la admisibilidad del legado de parte alícuota, al que además menciona, desafortunadamente, el artículo 655 del C.c. Reconocen la validez de este legado, entre otras, las sentencias de 14-junio-1898, 11-febrero-1903, 18-octubre-1917, 16-octubre-1940, etc. La doc-

trina y la propia jurisprudencia han ido puntualizando los efectos propios del legado de parte alícuota en nuestro Derecho, efectos que siguiendo a Cámara, son sustancialmente los siguientes:

1º) El legatario de parte alícuota no puede hacer efectivo su derecho hasta que se liquide la herencia del testador, pues hasta entonces no cabe precisar la cuantía del legado ni si se habrá esfumado incluso todo su contenido económico.

2º) El legatario de parte alícuota viene afectado por el pasivo hereditario, pero no es responsable frente a los acreedores hereditarios, sin necesidad de beneficio de inventario. Es más, se subraya que mientras el heredero beneficiario es deudor, aunque con responsabilidad limitada, el legatario de parte alícuota no tiene tal condición; sólo le afecta el pasivo en cuanto influye en el valor de su adquisición y puede llegar a anularla.

3º) Está legitimado para interponer el juicio de testamentaría, según el artículo 1038-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

4º) Puede exigir que se le entregue lo que le corresponda en bienes de la herencia. El heredero no cumple limitándose a entregar al legatario de parte alícuota la «aestimatio».

5º) Aunque sólo puede exigir que se le entregue su parte una vez liquidada la herencia, es decir, una vez deducido el pasivo del activo, lo que presupone la previa determinación de ambos conceptos, en el entretanto se le considera cotitular del activo y, por consiguiente, no pueden enajenarse sin su consentimiento bienes de la herencia.

6º) Se reconoce al legatario de parte alícuota el derecho a intervenir en la partición, no sólo para fiscalizar las operaciones particionales, sino como parte, de modo que, al menos en opinión de la doctrina dominante, debe ser tratado como heredero a efectos de la determinación y composición de los lotes.

7º) Tiene derecho a obtener anotación preventiva en el Registro de la Propiedad (artículos 146 y 152 del Reglamento Hipotecario)

8º) Conforme a lo que se ha dicho en el punto 2º, el legatario de parte alícuota no está legitimado pasivamente frente a los acreedores hereditarios (salvo que se diera el caso del artículo 858-2).

Ley de Sucesiones de Aragón

La cuestión de cuando una persona llamada a una sucesión lo es como heredero o como legatario, muy debatida en el C.c. hay que resolverla en Aragón aplicando el principio «standum est chartae», primando la voluntad del causante, y esto es lo que hace el art. 151 L.S.

De los arts. 151 a 153 L.S. deducimos que prevalece la voluntad del disponente cualesquiera que sean los términos empleados. El disponente no puede convertir en heredero o legatario al que no vincule a los efectos propios de estas cualidades. Es lo que se desprende de estos preceptos al aplicar el régimen de responsabilidad por deudas y cargas a los que deban ser considerados como herederos, y exonerar de ellas al que debe ser legatario.

El llamamiento a cuota o cosa determinada implica sólo presunción «iuris tantum» de nombramiento de heredero o legatario.

1º. Heredero «ex re certa»

El art. 152 de la Ley aragonesa establece la posibilidad y el régimen del heredero en cosa cierta. Podemos sacar las siguientes conclusiones:

— El heredero en cosa cierta responderá de las obligaciones y cargas hereditarias en proporción al valor de lo recibido. El régimen de responsabilidad es el establecido en los arts. 50 a 57 de la Ley.

— Si el heredero en cosa cierta concurre con otros herederos legales o voluntarios, no tendrá derecho de acrecer.

— Si toda la herencia ha sido distribuída entre herederos instituídos en cosa cierta y determinada, sucederán en los bienes de nueva aparición en proporción al valor de lo recibido por cada uno.

No contempla este supuesto la aplicabilidad o no del derecho de acrecer, sin embargo entiendo que se dará por aplicación de lo dispuesto en los arts. 166 y 167 L.S.

— Tiene la consideración de heredero «ex re certa» el llamado al usufructo de la herencia, o de una parte o cuota de ella, cuando la voluntad del disponente es que sea heredero.

Y el llamado al usufructo de cosa cierta ¿puede el disponente establecer que sea heredero? Del párrafo 3º del art. 152 L.S. parece ser que no. Sin embargo, desde la regulación que de la institución «ex re certa» hace la Ley aragonesa, la cuestión a primera vista resulta más que dudosa.

2º. Legatario de parte alícuota.

A su regulación dedica la Ley el art. 153, que admite con claridad la figura. Como nos dice García Almazor el régimen que establece es el siguiente:

— No es deudor de las obligaciones y cargas de la herencia, por lo que los acreedores no tienen acción contra él, sino que han de dirigirse contra los herederos.

— Concurre a la partición.

— No hay derecho de acrecer entre herederos y legatario de parte alícuota.

— La novedad más importante es la opción concedida al heredero de pagar el legado con metálico no hereditario, siempre que el legatario no sea legitimario. La novedad implica importantes consecuencias, así no tiene aplicación el inciso primero del nº 1 del art. 162 L.S. ni podrá utilizar las facultades contenidas en el art. 164 L.S. (tomar posesión de la cosa legada y si fuera inmueble obtener la inscripción a su nombre en el Registro de la Propiedad).

— En orden a la preferencia entre legatarios, el parciario es colocado en último lugar ya que debe recibir su parte después de pagar las obligaciones y cargas de la herencia, entre las que se encuentran todos los demás legados (art. 165 L.S.)

Aunque la Ley aragonesa no las señale, el legatario de parte alícuota puede:

— Ejercitar la acción del juicio de testamentaria, si el disponente no se lo ha prohibido.

— Pedir anotación preventiva de su derecho en el Registro de la Propiedad, art. 42-6 L.H., por la equiparación que hace el art. 154 L.H. entre herederos y legatarios de parte alícuota.

III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA

El régimen de la comunidad hereditaria propiamente tal, en estado de indivisión, no está regulado en el C.c. Este cuerpo legal sólo toma en consideración a la comunidad hereditaria en su fase final, en la partición.

Sobre la base de que el C.c. no regula especialmente la comunidad hereditaria y que, con referencia a la comunidad en general, el párrafo 2º del art. 392 del C. civil dispone que «a falta de contratos o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título» (título III del Libro II), el orden de prelación de fuentes legales por las que ha de regirse la comunidad hereditaria para Rivas Martínez, es el siguiente:

1º. Por las disposiciones imperativas del C.c.

2º. Por la voluntad, ya actúe a través del testamento, ya del contrato o acuerdo a que puedan llegar los interesados.

3º. Por las disposiciones especiales del C.c., como las referentes a la administración de la herencia (art. 1.026 y concordantes), a la partición (art. 1.051 y siguientes) y a la enajenación y retracto del derecho hereditario (arts. 1.531, 1.533, 1.534 y 1.067).

4º. Y como supletorias las disposiciones generales contenidas en el título tercero del Libro II del propio C.c., en cuanto son adaptables a la comunidad hereditaria.

Como dice Albadalejo, con referencia a la regulación obtenida de las citadas disposiciones especiales y generales del C.c., cada comunidad hereditaria se regirá, en lo que no choque con normas imperativas, por lo que tenga dispuesto el causante o acuerden los comuneros.

La Ley de Sucesiones de Aragón tampoco regula la comunidad hereditaria propiamente tal, en estado de indivisión, por lo que la primera cuestión que se nos plantea es si le son aplicables las mismas normas dichas para el Derecho común o bien son otras distintas. Deben ser, en principio, distintas pues es diferente la regulación que del fenómeno sucesorio hace la Ley de Sucesiones al Código Civil y en este sentido como dice la exposición de motivos de la Ley: «El Código civil seguirá siendo supletorio en materia de sucesiones por causa de muerte, pues la Ley no trata de excluir su aplicación entre nosotros ... Por ello, es grande el espacio que esta Ley deja a las normas del Código civil, en concepto de Derecho supletorio de acuerdo con el art. 1º de la Compilación. Ahora bien, la Ley procura evitar, mediante la inclusión de normas específicas, la injerencia de aquellos preceptos del Código que no armonizan con los principios del Derecho aragonés o dificultan la aplicación o desarrollo de sus instituciones propias».

Por ello, el orden de prelación de fuentes por el que ha de regirse la comunidad hereditaria en Aragón es el siguiente:

1º. Por las disposiciones imperativas de la Ley de Sucesiones.

2º. Por la voluntad del testador, disponente o lo pactado en contrato sucesorio.

3º. Por el Código civil ya en cuanto a disposiciones sucesorias, ya como supletorias las disposiciones contenidas en los arts. 392 y siguientes relativas a la comunidad de bienes.

1º. ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DE LA HERENCIA

En principio rigen las normas que el Código civil establece en cuanto a la copropiedad (arts. 395, 397 y 398), salvo que sea ordenada de otro modo por el causante.

La sentencia de 11 de diciembre de 1914 confirmó la aplicación a la comunidad hereditaria de las normas del art. 398 del C. civil y reafirmó que «tratándose de una cosa común, los acuerdos adoptados por la mayoría de los herederos respecto de la administración son obligatorios.».

En cuanto al uso de los bienes hereditarios, en toda comunidad de bienes el uso es solidario en la medida que el de cada comunero no perjudique el de los demás. El art. 394 C.c. dispone: «cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los partícipes utilizarlas según su derecho.».

El disfrute de los bienes indivisos deberá ser proporcional a sus respectivas cuotas según el art. 393 C.c. Según el art. 399, cada condueño tiene la plena propiedad de los frutos y utilidades que le correspondan.

Por lo que respecta al ejercicio de las acciones hereditarias en defensa de los bienes que la integran, ha sido reiteradísima y constante la jurisprudencia del Tribunal Supremo en considerar que, durante la indivisión de la herencia, cualquier coheredero, en beneficio de todos, pueda ejercitar las acciones de la herencia.

2º. DISPOSICIÓN DE LOS BIENES DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA

Distinguiremos los siguientes supuestos:

A. Venta de un bien concreto por uno solo de los coherederos, antes de la partición.

Si el bien se le adjudica en la partición, la venta produce sus efectos, si bien el heredero solo estará en condiciones de cumplir el requisito de la entrega tras la partición. Si el contrato se instrumentó en escritura pública, la Resolución de 2 de septiembre de 1902 considera que no es necesario un nuevo consentimiento del vendedor; la escritura de venta de la cosa al principio ajena y posteriormente propia sería directamente inscribible.

Si el bien no se le adjudica, o en la medida que no lo sea, se tratará de una venta de cosa ajena. Cierta jurisprudencia, basándose en el carácter obligacional del contrato de compraventa, admite en general, la validez de la venta de cosa ajena, a partir de la Sentencia de 20 de mayo de 1957, si bien el criterio es más restrictivo en cuanto a la venta de bienes hereditarios por el coheredero (algunos lo consideran nulo de pleno derecho por falta de poder de disposición). La falta de entrega facultará al comprador para el ejercicio de la acción de resolución del artículo 1.124 C.c.

Lo correcto en estos supuestos de venta de un bien de la comunidad hereditaria por uno solo de los coherederos antes de formalizar la partición es sujetar la compraventa a la condición suspensiva de que el bien enajenado sea adjudicado en la partición al coheredero vendedor. No estamos en el supuesto de condición contemplado en el art. 1.119 del C.c. ya que su cumplimiento no depende de la «exclusiva» voluntad del deudor.

Desde el aspecto fiscal, Francisco Serrano nos explicará a continuación las ventajas de esta forma de transmisión.

B. Venta por un coheredero de todos sus derechos en la comunidad hereditaria. Cesión de derechos hereditarios.

El coheredero, si bien no puede transmitir o ceder derecho alguno sobre ningún bien determinado de la herencia, puede, en cambio, disponer de su cuota hereditaria, tanto intervivos como mortis causa, y lo mismo a título oneroso que a título gratuito. Ningún precepto establece expresamente que cada coheredero pueda disponer de su cuota, pero

ello se desprende con evidencia absoluta de las reglas sobre comunidad ordinaria y sobre retracto en el C.c. y en la L.H.

Este derecho está reconocido:

— En el C.c. por al art. 399 (que dentro de las normas que regulan la comunidad en general, consagra la facultad de disposición que tiene el comunero sobre su cuota)

— En el art. 1.000-1º C.c.

— Por el art. 1.067 (que hace referencia a la venta del derecho hereditario por alguno de los herederos, a un extraño antes de la partición).

— Por el art. 1.280-4º C.c.

— Igualmente está reconocido en la Ley Hipotecaria, en el párrafo último del art. 46 (que viene a admitir que el derecho hereditario anotado pueda transmitirse, gravarse y ser objeto de otra anotación)

— También la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha consagrado reiteradamente estas facultades dispositivas del comunero sobre su cuota.

— **Retracto de coherederos.-**

El art. 1.067 C.c. dispone: «Si alguno de los herederos vendiere a un extraño su derecho hereditario antes de la partición, podrán todos o cualquiera de los coherederos subrogarse en el lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra, con tal que lo verifiquen en término de un mes, a contar desde que esto se les haga saber.»

La enajenación a un extraño de la participación de un coheredero da lugar al ejercicio del derecho de retracto que es reconocido a los demás coherederos.

El art. 1.067 concede el retracto a cualquiera de los coherederos; esto es claro. No obstante haremos, siguiendo a Rivas Martínez las siguientes reflexiones:

— ¿Puede ejercitarlo el legatario de parte alícuota?

• Unos se inclinan por la respuesta negativa, por considerarla más en consonancia con la literalidad del precepto.

• Para Vallet, la cuestión es dudosa, aunque en principio, si el legatario parciario es cotitular del activo hereditario líquido, cotitular de los bienes del caudal relicto, la contestación ha de ser afirmativa, aunque en todo caso quedará por determinar la «ratio» del art. 1.067. Para Puig Brutau, la solución dependerá de la «ratio legis» del art. 1.067. Si dicho retracto se considera que se atribuye a los coherederos por su específica condición de tales, prevalecerá la solución negativa; pero si se considera que el retrato del 1.067 no es más que un caso particular del retracto de comuneros, la respuesta debe ser afirmativa, ya que el legatario de parte alícuota durante la indivisión de la herencia es considerado, por la doctrina mayoritaria, como un cotitular del activo hereditario junto con los herederos.

— ¿Pueden ejercitar el retracto los herederos de un heredero fallecido antes de la partición?

Creemos que sí, pues éstos ocupan el lugar del premuerto y le suceden en todos sus derechos.

— ¿Puede ejercitarlo el heredero instituido bajo condición suspensiva?

Creemos que la contestación ha de ser negativa, pues mientras la condición no se cumpla, no habrá consolidado su derecho, como se deduce de lo dispuesto en el art. 1.054 del C.c.

— ¿Puede ejercitarlo el heredero ex re certa?

La solución depende del alcance que se dé al art. 768 del C.c. Así, si se realiza una interpretación literalista del mismo, y teniendo en cuenta que considera al heredero «ex re certa» como legatario, la contestación ha de ser negativa; pero si se realiza una interpretación espiritualista del citado precepto y se acepta que la norma es meramente interpretativa y que sienta una mera presunción «iuris tantum» de lo que es la voluntad del testador, ésta puede exteriorizar claramente su intención y resultar que no obstante lo declarado literalmente en su testamento, el heredero «ex re certa» puede ser, según las cláusulas testamentarias, verdadero heredero y por lo tanto, puede ejercitar el retracto.

Por lo que respecta al cómputo del plazo, en este retracto ocurre lo mismo que en los retractos legales regulados en los arts. 1.521 al 1.525, con la diferencia, en cuanto al plazo para ejercitarlo, que aquí es el de un mes, y no el de nueve días como dice el art. 1.524 del C.c.

¿Desde qué momento se empieza a computar el plazo?

El retracto sucesorio puede ejercitarlo el coheredero en el término de un mes contado desde el siguiente al día en que, por el medio que sea, hubiere tenido conocimiento de la venta. El vendedor o el comprador, si quiere provocar o forzar el inicio del plazo, deberán hacer saber la venta a los coherederos.

Ha puntualizado el T.S. que para el ejercicio del retracto no es indispensable que la escritura de compraventa o de adquisición por título oneroso se inscriba en el Registro de la Propiedad. No ha de contarse el mes a partir de esa inscripción (Sent. de 26 de noviembre de 1900) basta que el retrayente tenga conocimiento de la enajenación en cualquier forma para que desde tal instante empiece a contarse el plazo.

De no tener conocimiento de la venta todos o alguno de los coherederos no prescribe el derecho a retraer, que no se extingue por la muerte de estos, sino que continúa en sus herederos, pues es imprescriptible, como lo es, según el art. 1.965 del C.c., el derecho a pedir la división de la herencia.

Posición jurídica en la comunidad hereditaria del cesionario de una cuota de la herencia.

Si un coheredero cede su cuota hereditaria a un extraño, ese extraño, como consecuencia de la adquisición deviene cotitular de la comunidad hereditaria, pero la duda es si se subroga totalmente en la posición jurídica del coheredero cedente o bien adquiere únicamente la condición de cotitular en una comunidad de bienes. Las consecuencias de seguir una u otra tesis son muy distintas.

Conforme al art. 1.000-1 C.c., entiéndese aceptada la herencia cuando el heredero vende, dona o cede su derecho a un extraño. Por ello la cesión de la cuota implica la aceptación de la herencia por el coheredero cedente que será quien ostente la cualidad de heredero. Por este camino debemos llegar a la conclusión que el heredero cedente seguirá ostentando la cualidad de heredero y que el cesionario únicamente adquirirá una posición jurídica de titular de una comunidad hereditaria en cuanto comunidad ordinaria integrada por un conjunto de bienes, derechos, acciones y obligaciones en los que se subroga en la misma posición que su cedente.

La cesión de la cuota no lleva aparejada la transmisión de la cualidad de heredero, con todas las consecuencias que a la misma son inherentes, pero no por ello hemos de negar que existe una verdadera subrogación del cesionario en la posición jurídica que ocupaba el cedente como titular de patrimonio hereditario junto con los demás coherederos.

Delimitar el régimen jurídico del coheredero-cedente y del cesionario-adquirente en la comunidad hereditaria resulta verdaderamente difícil. Una primera aproximación parece indicar que todo el conjunto de relaciones materiales, derechos y obligaciones, son adquiridas por el cesionario que se subroga en la misma posición que tenía en la comunidad el cedente. Sin embargo hay varias cuestiones fundamentales a resolver, el régimen de responsabilidad del cedente y cesionario por las deudas hereditarias y si el retracto de coherederos lo puede ejercitar el cedente o el cesionario y cómo juega en estos casos el derecho de acrecer.

a. Régimen de las deudas hereditarias

En principio, conforme hemos apuntado, de acuerdo con el artículo 1.000-1 C.c. la cesión de derechos hereditarios a un extraño implica aceptación de la herencia por el heredero cedente, quien a su vez según el art. 661 C.c. sucede al difunto en todos sus derechos y obligaciones. Luego frente a los acreedores de la herencia la persona que se subroga en la posición jurídica del causante en calidad de deudor es el coheredero-cedente, ya que no se puede cambiar de deudor sin el consentimiento del acreedor.

Podemos matizar en este punto lo siguiente:

— El coheredero-cedente es el que se subroga en la posición jurídica del causante como consecuencia de la aceptación y la transmisión de sus derechos en la herencia no le libera de su responsabilidad frente a los acreedores del causante (art. 1.205 C.c.)

La cuestión es si responderá también con todos sus bienes como consecuencia de la confusión de patrimonios o bien podríamos mantener como defienden algunos autores, según hemos visto con anterioridad, que al no haber tal confusión únicamente responderá con los bienes heredados.

Como ya hemos comentado, la cuestión es muy discutible si bien la solución de que la separación de patrimonios implica limitación de responsabilidad a los bienes heredados, nos parece más justa. Desde luego en Aragón no tenemos este problema porque la aceptación de la herencia es siempre con el beneficio del fuero.

— El cesionario-adquirente únicamente responderá de las deudas hereditarias con los bienes adquiridos. No se subroga en la posición jurídica del causante y por ello su responsabilidad es limitada.

— En el conflicto de derechos de los acreedores del causante frente a los derechos del cesionario, entendemos que son preferentes los primeros, ya que primero es pagar que heredar y los derechos del cesionario vienen precedidos de una adquisición hereditaria. Cuestión distinta será si como consecuencia de la transmisión el adquirente deviese protegido por la fe pública del Registro conforme al art. 34 de la Ley Hipotecaria.

— Fiscalmente, como nos explicará Francisco Serrano, el cedente pagará su impuesto de sucesiones y el cesionario el de transmisiones correspondiente.

b. ¿Puede ejercitar el cesionario de una cuota el retracto de coherederos?

El T.S. parece entender que cuando se ejercita el retracto por un cesionario, éste no intenta el retracto de coherederos, sino de comuneros. El resultado es el mismo. Esta posición se expone en la Sentencia de 14 de noviembre de 1955. La legataria de un tercio de la herencia cedió todos los derechos que le correspondían en ella, quedando la cesionaria en la misma situación de copropiedad de la cedente en esa comunidad con sus mismos derechos (y entre ellos el de retracto, que concede el artículo 1.522 C.c. en

atención exclusivamente a la situación de condominio), y en el mismo plano jurídico en que estaba el otro comunero (el heredero de dos tercios) aunque fueren distintos los títulos origen de sus derechos. Y por ello, al enajenar este último sus derechos, nació el retracto que ejercita la adquirente de la legataria del tercio.

Esto es, podemos defender que el retracto de coherederos es una especie de retracto de comuneros y por ello lo podrá ejercitar el cesionario y no el cedente.

c. Si un coheredero renuncia su parte a quien acrece ¿al cedente o al cesionario?

Si la renuncia es anterior a la cesión, su parte acrece al coheredero cedente, que cuando dispone a favor del cesionario, ya le transmite todo su contenido en la comunidad.

Si la renuncia es posterior, entiendo acrece al cesionario.

c. Disposición de un bien concreto de la comunidad hereditaria por todos los coherederos

Contemplamos aquí el supuesto en que todos los herederos actúan de común acuerdo, por unanimidad y simultáneamente, y pretenden transmitir a un tercero directamente, es decir, sin partición, un bien de la herencia.

Es irrelevante a estos efectos cuál sea el título sucesorio: testamento, abintestato, pacto o mixto. La cuestión es que los transmitentes sean la totalidad de los herederos, es decir, que en su conjunto representen la totalidad de los sucesores a título universal del causante. El título de la sucesión influirá lógicamente en cuanto a los documentos que son necesarios para acreditar la condición de herederos.

La hipótesis de venta desde la comunidad hereditaria carece de regulación legal.

La jurisprudencia se pronuncia abiertamente a favor y como dice la Sentencia de 15 de febrero de 1947 «la partición de la herencia no es necesaria para la venta de un bien hereditario, cuando en el negocio intervienen todos los interesados que asumen la titularidad completa del derecho que se enajena.». Los disponentes deben agotar el poder de disposición sobre el bien objeto de transmisión. Consolidan esta jurisprudencia, entre otras, las S.T.S. de 19-noviembre-1956, 23-octubre-1957, 5-mayo-1972 y 14-abril-1986.

La Dirección General en Resolución de 6 de abril de 1.957 plantea la inscripción de una escritura de compraventa de una finca adquirida por el marido durante el matrimonio, que después de su fallecimiento es enajenada por su hijo, único heredero, y su viuda, antes de haberse practicado la liquidación de la sociedad de gananciales. Dice la D.G. que desde la disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges, «los bienes gananciales permanecen en estado de indivisión durante el cual el cónyuge superviviente y los herederos pueden realizar actos dispositivos en cuanto reúnen la plenitud de facultades sobre los mismos bienes». Defiende el Centro Directivo la posibilidad de realizar actos dispositivos a dos patrimonios no liquidados, el ganancial y el hereditario, con tal de que lo consientan quienes reúnen la totalidad del poder de disposición sobre los mismos.

La Resolución de 21 de enero de 1993 recoge un caso similar y lo resuelve en el mismo sentido favorable.

Capacidad dispositiva. Como advierte Vara González, la venta desde la comunidad hereditaria, implica aceptación tácita de herencia, puede implicar la pérdida del beneficio de inventario y ser un acto implícitamente particional. Consideramos, por ello, que la capacidad exigida debe ser no sólo la necesaria para realizar actos de disposición, sino también la exigida para aceptar la herencia y para realizar la partición, todo ello con la

regulación que exponemos a continuación, y que en definitiva es el estudio de la capacidad de disposición de bienes de menores e incapacitados en Aragón, materia propia ya que por sí misma de un estudio separado y que aquí voy a desarrollar.

DISPOSICIÓN DE BIENES DE MENORES DE CATORCE AÑOS.

— Propiedad y usufructo.- Art. 11º-1º.

— Representación legal.- Art. 14-1º.

— Administración.- Art. 12º-1º.

— Disposición.- Art. 13º-1º-2:

1º. Principio general. Art. 13º-1º.

2º. Excepción, que en el tráfico jurídico, en la vi diaria es la norma general, es el supuesto previsto en el art. 13º-2º.

1º. Voy a exponer como principio general, como supuesto normal, el contemplado en el art. 13º-2: «Bienes que están en el patrimonio de un menor de catorce años, cuya representación legal corresponde a sus padres y éstos son los administradores de los bienes, conforme al art. 12º-1º por no haber ordenado otra cosa quien se los transmitió por título lucrativo».

En este caso el poder de disposición corresponde al administrador. Y la administración de los bienes corresponde a los padres, conjunta o separadamente, según los usos sociales o familiares o lo lícitamente pactado al respecto (arts. 12-1 y 9-1).

Por ello, salvo que los usos sociales o familiares indiquen otra cosa, o se haya pactado al respecto excepcionar el principio general, este principio general nos lleva a la conclusión de que «la administración de los bienes de los hijos menores de catorce años corresponde a los padres conjuntamente». Y por lo tanto el poder de disposición corresponde también a ambos padres (art. 13-2).

Con este criterio manifiesto mi disconformidad con el mantenido por algunos autores, incluso por la práctica notarial y registral en algunos supuestos, para los que el poder de disposición en estos casos y como norma general corresponde a uno cualquiera de los padres. El profesor Delgado distingue entre actos de administración para los que considera suficiente la intervención de cualquiera de los padres para la validez de estos actos frente a terceros, y los actos de disposición para los que los usos sociales impondrán de ordinario la actuación conjunta (deja fuera los casos de urgencia, por ejemplo).

Autorización de la Junta de Parientes o del Juez de Primera Instancia.- (Art. 13-2º).

Cuando se trate de enajenar bienes raíces, negocios mercantiles o industriales, valores mobiliarios u objetos preciosos, el administrador habrá de obtener autorización de la Junta de Parientes o del Juez de Primera Instancia.

El Código Civil en el art. 166 establece una diferencia respecto a la Compilación y es que cuando se trate de «valores mobiliarios» siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros, no es necesaria la autorización judicial. Ni tampoco cuando se trate de enajenar el derecho de suscripción preferente.

La autorización judicial al administrador para enajenar bienes del menor de catorce años debe ser siempre previa a la celebración del negocio dispositivo. La función judicial es cautelar, protege los intereses del menor y por ello nunca puede ser «a posteriori» de la celebración del negocio jurídico. Un negocio celebrado sin la preceptiva autorización judicial no puede ser sanado con posterioridad por el Juez. No se pue-

de disponer ni sujetando el negocio a la condición suspensiva de obtener la correspondiente autorización judicial.

En el caso de la Junta de Parientes ¿también debemos aplicar el mismo criterio? Es una cuestión dudosa. Si entendemos que las dos autorizaciones, la judicial y la de la Junta de Parientes son de la misma naturaleza, la conclusión deberá ser idéntica. Mi criterio es que al ser de la misma naturaleza, ambas deben ser previas, si bien en el caso de la Junta de Parientes también puede ser simultánea a la celebración del negocio jurídico, pero nunca posterior, de aprobación en lugar de autorización.

El art. 20-5 de la Compilación regula la constitución de la Junta de Parientes bajo fe notarial para asunto o asuntos determinados. Este precepto legal, que curiosamente recoge como excepción la constitución de la Junta bajo fe notarial, siendo que hasta ahora ha sido regla única, permite solucionar con celeridad, simplicidad y economía, situaciones que en la vida diaria se presentan con frecuencia. Así por ejemplo, para la disposición de bienes que el menor de catorce años, ha recibido por herencia de su padre, la madre tiene dos opciones: o bien solicitar la correspondiente autorización judicial, o bien, recabar la autorización de la Junta de Parientes, constituida en base al art. 20-5 de la Compilación, por los dos abuelos, paterno y materno; son evidentes las ventajas de esta segunda opción en cuanto a celeridad, economía y análisis por los abuelos del menor del negocio concreto con el máximo interés. En este aspecto la aportación de la práctica notarial a la aplicación de este precepto es interesantísima y en el quehacer diario comprobamos como nunca en estos casos se recaba la autorización judicial y sí se sigue el criterio expuesto.

El Código de Sucesiones de Cataluña de 30 de diciembre de 1991, arts. 65 y 66 en relación del 149, regula la disposición o gravámen de los bienes de los menores adquiridos por título sucesorio, en los que no hará falta la autorización judicial del art. 166 del Código Civil, sino que tendrán que consentirla los titulares de la patria potestad y dos parientes de los señalados en el art. 149 del Código.

Ineficacia de los actos realizados sin la previa autorización judicial ni de la Junta de Parientes.

Nada dispone, a diferencia del art. 5, la Compilación en este caso. Por ello podemos mantener tres posibles soluciones:

- Aplicar el art. 6-3 C.c. y considerar que tales actos son nulos de pleno derecho.
- Que como la finalidad esencial de la norma es defender los intereses de los menores, la figura más adecuada es la de la anulabilidad.
- La S.T.S. de 21-mayo-1984 nos habla de actos incompletos, que exceden del ámbito de representación de la patria potestad y consecuentemente deben someterse al régimen del art. 1.259 C.c.

Poner el ejemplo de que los padres venden, sin autorización judicial ni de la Junta de Parientes un inmueble del menor. Al llegar a la mayoría de edad el menor lo puede impugnar o ratificar. Si lo ratifica y está casado ¿debe renunciar el cónyuge al derecho expectante de viudedad?

Oposición de intereses

La Compilación aragonesa contempla el supuesto de que en los actos de un menor de edad, pero mayor de catorce años, exista oposición de intereses entre dicho menor y sus padres. Y lo resuelve en el sentido de que cuando la oposición sea con uno de los padres la asistencia sea prestada por el otro, y cuando la oposición sea con ambos padres la asistencia la preste la Junta de Parientes.

Pero no regula el supuesto del menor de catorce años, en que ya no se trata de «asistir» sino de «representar» al menor. En este caso podemos plantear las siguientes soluciones:

1ª. Aplicar, por analogía, el mismo criterio que para la asistencia. Es decir, en caso de oposición de intereses con uno de los padres la representación la ostentaría el otro (criterio del Código civil). Y para los actos de disposición del art. 13-2 necesitaría Autorización Judicial o de la Junta de Parientes.

Este es el criterio del profesor Delgado. Sin embargo Batalla que lo defendió en su momento, se ha separado de él y mantiene que en este supuesto es necesario defensor judicial ante la falta de regulación expresa de la Compilación. Personalmente me inclino por el criterio de que la representación compete al otro padre con el que no existe conflicto de intereses.

2ª. Si la oposición de intereses es con los dos padres podemos defender:

a) Que la representación la ostenta la Junta de Parientes y para los actos de disposición del art. 13-2 necesitará Autorización Judicial. Lo defienden Delgado y Batalla, este último con vacilaciones.

b) Es necesario nombrar un defensor judicial el cual necesitará Autorización Judicial o de la Junta de Parientes para los actos de disposición del art. 13-2.

Esta opinión la admiten Delgado y Batalla.

Las llamadas que la Compilación hace a la Junta no son, en ningún caso como representante, sino como autorizante, complemento de capacidad. Por ello entiendo que la Junta no puede representar al menor y en este supuesto, en el de conflicto de intereses con ambos padres deberemos acudir siempre al nombramiento de un defensor judicial, que como ya he dicho, necesitará autorización judicial o de la Junta de Parientes para disponer de los bienes a que se refiere el art. 13-2.

2º. La excepción, que conforme al art. 13-1 es la regla general, dice que para la disposición de los bienes del menor de catorce años se estará a lo ordenado por la persona de quien proceden por título lucrativo.

Se cumplirá estrictamente la voluntad del disponente cuando lo hubiere ordenado de forma expresa. Esta norma nos sugiere las siguientes consideraciones:

— La exclusión puede ordenarse incluso respecto de los bienes que el hijo reciba de su legítima. Antes era discutible.

— El disponente puede atribuir la administración de tales bienes a uno sólo de los padres, excluyendo al otro, o a un tercero, o simplemente excluir de la administración a los padres sin designar administrador, en cuyo último caso parece que el administrador deberá ser nombrado por el Juez, aplicando por analogía lo dispuesto en el nº 2 del mismo Artículo 164 C.c.

Respecto de tales bienes, el representante legal del menor será el administrador. Caso de fallecimiento o renuncia del administrador los bienes pasarán a ser administrados por los padres con arreglo a la norma general, sin que deba de ser nombrado por el Juez un nuevo administrador distinto de los padres.

— Lo que no está claro es si puede el administrador llevar a cabo actos dispositivos y si, en caso afirmativo, puede realizarlos libremente o ha de solicitar la autorización judicial, o de la Junta de Parientes por aplicación analógica de lo dispuesto en el Artículo 13-2.

El Art. 13-1º ordena, de modo tajante que se cumplirá estrictamente la voluntad del disponente sobre la administración de estos bienes. Habrá que estar, por tanto, a lo ordenado por el testador o donante, quienes podrán ampliar las facultades del administrador autorizándole para disponer de los bienes, bien por sí solos, bien con asentimiento de otras personas, bien con autorización judicial o de la Junta de Parientes. Prada plantea la duda sobre los bienes recibidos por legítima.

Disposición de bienes de menores de edad mayores de catorce años

El art. 5 de la Compilación dispone que «el menor de edad cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso, de uno cualquiera de sus padres, del tutor o de la Junta de Parientes.»

El mayor de catorce años puede realizar cualesquiera actos con asistencia de las personas que deban prestarla, ya que no tiene representante legal.

Naturaleza de la asistencia.

Los fueros que más específicamente tratan de la intervención de los padres para la validez de los actos de los hijos son los de 1.564 y 1.585 y ambos utilizan la expresión «de voluntad de los padres». La palabra asistencia la introduce por primera vez el Apéndice de 1925, en su art. 13, donde decía que «podrán celebrar toda clase de contratos, pero con asistencia...».

A renglón seguido añadía: «No necesita tal asentimiento para disponer de los bienes por testamento.». De donde parece bastante claro, aunque se discutió, que en el Apéndice, esa asistencia era un asentimiento. (En los Proyectos de 1899 y 1904, se utiliza el término autorización).

Para el profesor Delgado, la finalidad perseguida con la utilización del término asistencia es más negativa que positiva: es la de evitar el término consentimiento, que es el que utilizaba y sigue utilizando el Código civil para referirse a la intervención de los padres o del tutor respecto del emancipado. La doctrina aclara que no es un consentimiento contractual. Se trata de una declaración de voluntad de unos extraños respecto del contrato, que complementan la capacidad del emancipado. La finalidad principal de los redactores del Apéndice era evitar el término «consentimiento», por no ser el técnicamente adecuado.

La asistencia del art. 5º de la Compilación es, básicamente, un asentimiento y, en modo alguno, la mera presencia.

Tampoco es el mero consejo o asesoramiento no vinculante.

Por otra parte, está claro también que la asistencia no es consentimiento contractual. Es una declaración de un tercero respecto del acto o contrato, del que es sujeto el menor mayor de catorce años. Es una declaración unilateral por parte del tercero que asiste, que puede manifestarse simultáneamente al consentimiento del menor, pero también previamente y con posterioridad.

Delgado Echeverría nos dice que la asistencia del art. 5º es un asentimiento. El asentimiento, nos dice Sehmman, es la «declaración de conformidad con el negocio jurídico ajeno» y se trata de una «declaración de voluntad negocial, pero en tal calidad no es una parte del supuesto de hecho del negocio principal, sino condición jurídica para la eficacia de éste». Esto es la asistencia del art. 5 de la Compilación. No es parte del negocio,

viene de fuera, de un tercero, no forma parte del supuesto de hecho negocial, es condición jurídica para la eficacia de ese negocio.

Sujetos que prestan la asistencia

En principio, cualquiera de los padres: uno sólo de ellos. Es un rasgo importante de la regulación aragonesa, porque muestra una forma de ejercicio de la autoridad familiar «separada» o, si se prefiere, «solidaria». Uno cualquiera de sus padres», dice literalmente el art. 5º 1, redactado por la Ley de 1985.

También las «otras personas» que pueden ejercer la autoridad familiar, cuando efectivamente la ejerzan (abuelos, hermanos, padrastro o madrastra: art. 10). No el cónyuge del progenitor en el caso del art. 9º-3, porque de la propia sistemática de la Compilación se deduce que su participación es sólo a efecto de las relaciones personales, pero que no tiene nada que ver con la administración y disposición de bienes.

Probablemente, están llamadas a prestar la asistencia las personas a las que, quien dejó al menor bienes a título lucrativo, designó administradores, y respecto de actos que recaigan sobre dichos bienes. Aunque aquí la cuestión no es tan clara.

Sin duda, el tutor (art. 5º-1). Lo cual es importante, por cuanto indica que, aunque no hay en la Compilación una regulación del contenido de la tutela, es seguro que —al menos en este punto, pero muy probablemente en otros— no es como en el Código civil. En particular, el tutor de un aragonés mayor de catorce años no lo puede representar, diga lo que diga el Código civil, que es meramente supletorio.

La Junta de Parientes interviene cuando faltan los padres. En cambio, pienso que puede intervenir saltándose al tutor, es decir, cuando hubiera debido constituirse la tutela, pero de hecho no se ha constituido. La dicción del texto legal permite esta solución práctica.

Anulabilidad de los actos necesitados de asistencia

El último inciso del art. 5-1 de la Compilación dispone que: «Los actos o contratos celebrados sin la debida asistencia serán anulables.»

El régimen jurídico de la anulabilidad está regulado en los arts. 1.300 a 1.314 C.c.

El plazo para su ejercicio será de cuatro años contados desde que el menor o incapacitado saliera de la tutela (art. 1.301 C.c.).

Conforme al art. 1.302 C.c. no pueden anular tales actos las personas que contrataron con el menor.

¿Están legitimados para ejercer la acción de anulabilidad los menores cuando dejan de serlo? Entiendo que sí a pesar de que algunos autores como Sancho y De Pablo muestran sus dudas.

También están legitimados los padres, el tutor o la Junta de Parientes.

Estoy conforme con el criterio de Delgado, contrario al de Lacruz, de que los actos sin asistencia, como en general todos los anulables, no son inscribibles en el Registro de la Propiedad.

Aspectos sucesorios

La reciente Ley 1/1999 de 24 de febrero, de Sucesiones por causa de muerte, contempla una serie de supuestos que resaltaré aquí por su importancia en relación al tema que estamos tratando.

• **Capacidad para aceptar.** Las personas mayores de catorce años no incapacitadas. (Art. 31)

Si son menores de catorce años y ambos padres son representantes, puede aceptar en nombre del hijo uno cualquiera de ellos.

• **Capacidad para repudiar.** Para repudiar una herencia los menores de edad mayores de catorce años, aunque estén emancipados, necesitarán la asistencia que requiere la Compilación. (Art. 31)

Si son menores de catorce años y ambos padres son representantes, la repudiación exigirá la intervención de ambos.

• **Partición con menores de catorce años o incapacitados.**

Art. 51.

1. En representación de los menores de catorce años o incapacitados, solicitarán la partición e intervendrán en ella:

a) Si están sujetos a autoridad familiar, incluso prorrogada o rehabilitada, los padres actuando conjuntamente, o sólo uno de ellos, cuando exista oposición de intereses del menor o incapacitado con el otro o en defecto de éste.

b) Si están sujetos a tutela, el tutor, debiendo ser aprobada la partición por la Junta de Parientes o el Juez.

c) Cuando exista oposición de intereses con ambos padres o con el tutor, la Junta de Parientes o un defensor judicial, debiendo ser aprobada la partición por el Juez.

2. No será necesaria la intervención conjunta de ambos padres ni la aprobación de la Junta de Parientes o del Juez cuando la partición se limite a adjudicar proindiviso a los herederos en la proporción en que lo sean todos los bienes integrantes de la herencia.

• **Partición con mayores de catorce años.** Art. 52.

1. Los menores de edad mayores de catorce años pueden solicitar la partición e intervenir en ella con la asistencia prevista en el artículo 5 de la Compilación del Derecho Civil.

2. El sometido a curatela, si la sentencia de incapacitación no dispone otra cosa, puede, asistido por el curador, solicitar la partición e intervenir en ella. Cuando exista oposición de intereses con el curador, la asistencia será suplida por la Junta de parientes o un defensor judicial.

Aspectos registrales

Este es un tema que considero de vital importancia y que en mi experiencia como preparador de opositores compruebo que a veces resulta muy controvertido.

El planteamiento es muy sencillo. A le vende a B un piso; en la escritura B hace constar que es mayor de edad, cuando en realidad es menor. Se inscribe la adquisición en el Registro de la Propiedad y a continuación B, que sigue siendo menor vende a C que también inscribe ¿Está protegido C por la fe pública del Registro? ¿Es tercero hipotecario?

Entiendo que no, que la adquisición de C no está protegida por la fe pública del Registro, no es tercero hipotecario. Y ello en base a que los datos registrales relativos al estado civil y a la capacidad de las personas no las abarca la fe pública del Registro.

Las circunstancias de capacidad de las personas consignadas en el Registro no pueden ser amparadas por la fe pública registral, dice Jerónimo González, porque ni el Registro es órgano competente de publicidad en las cuestiones de estado civil, ni el que contrata con un incapaz puede alegar la ignorancia de esta condición. En el mismo sentido Roca Sastre indica que si se compra a una mujer casada en régimen de gananciales una finca comprada por ella constando que era soltera, no puede el adquirente prevalecerse del simple dato de que en el Registro consta que ella es soltera.

En sentido contrario opinan otros autores en base a los siguientes argumentos:

— El Registro de la Propiedad es un Registro de titularidades: se ha de proteger a quien adquiere confiando en la titularidad publicada.

— El artículo 33 de la L.H. al disponer que «la inscripción no convalida los actos o contratos que sean nulos, con arreglo a las leyes», se refiere a los vicios que acarrear nulidad no a los que causan la anulabilidad.

Por todo lo expuesto no estoy de acuerdo con esta tésis.

En primer lugar, C no es tercero civil ya que es parte en el negocio viciado. Y en segundo lugar para disponer de un bien propiedad de un menor es necesario cumplir las exigencias del artículo 166 C. civil.

En conclusión, si C no es tercero civil no puede ser tercero hipotecario y por tanto no estará protegido por la fe pública del Registro, ya que para que el adquirente del art. 34 L.H. esté protegido es necesario que su adquisición lo sea en virtud de título válido.

Es un tema de suma importancia práctica ya que el mismo criterio debemos aplicar en el supuesto del casado que dice ser soltero y luego vende, incluso en los supuestos de conflictos interregionales cuando se hace constar un régimen económico matrimonial que no es el que corresponde legalmente al matrimonio. En todos estos supuestos, insisto, la solución debe ser la misma, la fe pública del Registro no ampara los datos de capacidad ni estado civil, y el adquirente para estar protegido por el art. 34 L.H. debe hacerlo en virtud de un título válido.

Disposición de bienes de menores e incapacitados sujetos a tutela

La tutela está regulada insuficientemente en la Compilación (arts. 15 a 18). Por ello para estudiar el régimen de disposición de bienes de los menores e incapacitados sujetos a tutela debemos acudir a la regulación del Código Civil (arts. 271, 272 y 273).

I. Principio general. Art. 271-2º C.c.: El tutor necesita autorización judicial para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones».

Haré las siguientes reflexiones:

1º. Si con base en los arts. 13-1 de la Compilación y 227 del Código civil, puede establecer el disponente de los bienes a favor de un menor o incapacitado sujeto a tutela, un régimen de disposición de esos bienes distinto al legal. Es decir, prescindir de la autorización judicial.

Martínez Die y Ventoso Escribano se inclinan, no sin vacilaciones, por la tesis afirmativa.

2º. Si el requisito de la pública subasta que establece el art. 2.015 de la L.E.C. «la autorización se concederá en todo caso bajo la condición de haberse de ejecutar la venta en pública subasta», por Ley 15/89 de 29 de mayo, puede ser exonerado por el Juez.

El requisito de la necesidad de la pública subasta para la enajenación de determinados bienes o derechos pertenecientes al pupilo o al incapacitado, que exigía el art. 272 C.c. fue suprimido por la reforma introducida en el C.c. por Ley 13/1983, de 24 de octubre.

Sin embargo la Ley 15/89, de 29 de mayo, de modificación de la L.E.C. introduce de nuevo en el art. 2015 la necesidad de la pública subasta. Y la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor 1/1996, de 15 de enero, que modifica parcialmente el C.c. y la L.E.C. no toca para nada el art. 2.015 L.E.C..

El auto del Presidente del T.S. de Justicia de Aragón, de fecha 17 de marzo de 1993 mantiene que no es necesaria la pública subasta. Los argumentos fundamentales del Auto son los siguientes:

1º. Las leyes de procedimiento tienen una función instrumental que pone de relieve la categoría secundaria o adjetiva del procedimiento y, en consecuencia, de las leyes reguladoras del mismo. Y desde esta perspectiva, cuando ambas leyes, material y adjetiva, regulen una misma institución y exista discordancia entre ellas, debe prevalecer el Derecho material sustantivo.

2º. La exigencia de que la enajenación se lleve a cabo en pública subasta, en todo caso, después de la concesión de la autorización judicial, aparte de no estar prevista en la legislación sustantiva no añade ninguna garantía a la enajenación efectuada directamente por el tutor.

El requisito de la pública subasta ha sido suprimido no sólo porque pueda entenderse que en el procedimiento de autorización pueden cumplirse las garantías necesarias para evitar el abuso de los derechos del tutelado, sino porque la práctica demuestra que en las condiciones actuales de nuestra sociedad, la subasta no es el medio más adecuado para obtener un precio mayor o mejores condiciones, sino justamente lo contrario.

3º. El art. 272 C.c. fue modificado por la Ley 13/1983 de 24 de octubre que suprimió el requisito de la pública subasta. La Ley posterior modifica a la anterior. Y la modificación de la L.E.C. por ley 15/1989 de 29 de mayo, al ser ley adjetiva, de procedimiento, no puede modificar la Ley material, sustantiva, el C.c.

El auto no tiene en cuenta la Ley de Protección del Menor que modifica el C.c. y la L.E.C. en esta materia y no introduce variación alguna en la misma.

Resolución de la D.G.R.N. de 12-julio-1999

Contempla el supuesto de la venta de un bien ganancial en la que interviene en nombre de sus padres la hija de ambos, en su calidad de apoderada del padre y tutora de la madre, con autorización judicial conforme al art. 271-2 C.c. en la que se le faculta para la venta de dicho bien «con las prevenciones correspondientes de los arts. 2.015 y siguientes de la L.E.C.».

El Notario formalizó la escritura sin la pública subasta. El Registrador denegó la inscripción exigiendo la celebración de la pública subasta por exigirlo así la autorización judicial. El Juez informó que concedió la preceptiva autorización, si bien con el condicionante que establece el art. 2.015 L.E.C. a cuya literalidad ha de ajustarse necesariamente la resolución adoptada.

El Presidente del T.S. de Justicia de Andalucía confirmó a nota de la Registradora fundándose en lo que dice el art. 2.015 de la L.E.C.

La Dirección General confirma el defecto impugnado, sin que pueda prejuzgarse sobre si la autorización judicial para la venta de bienes gananciales realizada conjuntamente por el cónyuge capaz y por el tutor del consorte incapacitado haya de subordinarse necesariamente al requisito de pública subasta.

3º. El tutor no puede vender bienes de los relacionados en el art. 271-2 C.c., propiedad del mayor de edad, declarado judicialmente incapaz y sujeto a la tutela, con autorización de la Junta de Parientes.

Es el criterio mantenido por el Auto del Presidente del T.S. de Justicia de Aragón, de fecha 29 de octubre de 1992. La autorización la debe dar el Juez de Primera Instancia.

¿Hubiera aplicado el mismo criterio el T.S. en caso de ser un menor de edad sujeto a tutela? Entiendo que en este caso debemos aplicar el art. 13-2 de la Compilación y sí que cabría la intervención de la Junta de Parientes.

Aspectos sucesorios

La Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de 24-II-99 regula la capacidad para aceptar y repudiar herencias de los sujetos a tutela así como para la partición de las mismas.

Aceptación y repudiación de la herencia (art. 31.)

La aceptación y la repudiación de las atribuciones deferidas a menores de catorce años o a incapacitados sujetos a tutela o a autoridad familiar prorrogada o rehabilitada corresponde a sus representantes legales, pero para repudiarlas necesitan autorización de la Junta de Parientes o del Juez. Denegada la autorización judicial se entenderá automáticamente aceptada la atribución sucesoria (Art. 31-2.)

El sometido a curatela puede aceptar o repudiar la herencia con asistencia del curador, salvo que se establezca un régimen distinto en la sentencia de incapacitación (art. 31-4)

Partición de la herencia (art.51)

«1. En representación de los menores de catorce años o incapacitados, solicitarán la partición e intervendrán en ella.

b) Si están sujetos a tutela, el tutor, debiendo ser aprobada la partición por la Junta de Parientes o por el Juez (art. 51-1-b)

c) Cuando exista oposición de intereses con ambos padres o con el tutor, la Junta de Parientes o un defensor judicial, debiendo ser aprobada la partición por el Juez.

2. No será necesaria la intervención conjunta de ambos padres ni la aprobación de la Junta de Parientes o del Juez cuando la partición se limite a adjudicar proindiviso a los herederos en la proporción en que lo sean todos los bienes integrantes de la herencia.»

Este artículo resuelve algunas cuestiones planteadas anteriormente en cuanto a la posibilidad de representación de la Junta de Parientes y al conflicto de intereses.

Inscripción por el adquirente en el Registro de la Propiedad.

Como pone de manifiesto Vara González, la escritura de compraventa desde la comunidad hereditaria debe dar lugar en el Registro a un solo asiento de inscripción, a

favor del comprador. Es decir, la operación puede inscribirse en régimen de tracto abreviado, reflejando en el mismo asiento la transmisión explicitada en el título, o sea, la compraventa, y la implícita, esto es, la herencia. No hay en ello vulneración del pretendido carácter taxativo de las excepciones al principio de tracto, sino aplicación analógica de los párrafos del art. 20 L.H. que lo modalizan en cuanto a las transmisiones hereditarias.

En apoyo de esta posibilidad deben citarse dos preceptos de la legislación hipotecaria:

El art. 209 R.H. permite la cancelación de la anotación del derecho hereditario «cuando la finca o derecho real anotado haya sido transmitido conjuntamente por todos los herederos». Hay excepción al principio de tracto ya que en el historial de la finca, una vez cancelada la anotación del derecho hereditario sólo se reflejará la inscripción a nombre del causante, y como subsiguiente, la correspondiente a quien adquirió de los coherederos.

El art. 213 R.H. permite que los herederos puedan cancelar «durante la proindivisión las inscripciones o anotaciones extendidas a favor de su causante, siempre que se acrediten ... el fallecimiento de aquel y su calidad de tales herederos. Tratándose de hipotecas, si el crédito constituido a favor del causante lo cobró él mismo, antes de la apertura de la herencia, la cancelación es un acto debido por sus sucesores; pero si se ha cobrado en fase de comunidad hereditaria, las exigencias del tracto llevarían a considerar necesaria la previa inscripción de la adquisición del crédito hipotecario por los coherederos, que es lo que permite eludir el artículo, luego la transmisión hereditaria justifica aquí otra excepción al principio. Además este artículo debemos entenderlo referido a toda clase de cancelaciones y no específicamente a las hipotecas.

La posibilidad de inscripción de tracto abreviado la confirma la D.G. en la Resolución de 6 de abril de 1957, dictada en un caso de venta desde la comunidad hereditaria, en que, además, la finca era ganancial y la sociedad conyugal no estaba liquidada. Sobre la aplicación del principio de tracto, especifica el Centro Directivo que «la misma ley atenúa su vigor en algunos casos, al dispensar el requisito de la previa inscripción a favor del transmitente, con el fin de evitar inscripciones que sean innecesarias o transitorias, y de simplificar los asientos cuando no interesen a terceros ni obedezcan a ninguna exigencia». En la Resolución 26-enero-1993, resuelta en el mismo sentido, el Registrador no alegó la falta de tracto como defecto.

En consecuencia, como dice Vara González, en el asiento deberán reseñarse las circunstancias del título del que resulta la legitimación para disponer de los vendedores, es decir, su condición de herederos. No es necesaria la expresión de la porción en que los transmitentes son herederos, sino la circunstancia de reunir todos ellos, conjuntamente la totalidad del poder de disposición sobre el inmueble. No hay vulneración del principio de especialidad pues la inscripción que se practica no refleja la titularidad de los herederos, sino del comprador.

La condición de tercero hipotecario de quien adquiere desde la comunidad hereditaria.

¿Está protegido por la fe pública registral? Se plantea aquí el problema clásico, llevado a un supuesto límite, del momento en que debe estar inscrito el derecho del transmitente para que el adquirente quede protegido por el artículo 34 L.H.

Sobre el tema podemos distinguir las siguientes posiciones:

— La mayoría de la doctrina considera que el transmitente debe tener inscrito su derecho al tiempo de la transmisión, esto es, en el momento de la celebración del con-

trato. Según esta tesis el fundamento del principio de fe pública descansa en la protección que merece quien realiza su adquisición confiando en la apariencia de titularidad de su transmitente que el registro publica. La fuerza legitimadora del registro sólo puede ser invocada con relación a sus pronunciamientos en el momento de la adquisición.

— Sanz Fernández sostiene que el transmitente debe tener inscrito su derecho en el momento en que su acto o contrato de transferencia se inscribe. Si en el momento de realizar el acto de disposición el transmitente no tiene inscrito su derecho, la inscripción posterior convalida retroactivamente las disposiciones realizadas, incluso a los efectos de protección de terceros.

— Lacruz y Sancho ponen de manifiesto que no hay ningún precepto hipotecario que disponga que la falta de inscripción priva de protección al tercero. Consideran suficiente para proteger al tercero que el tercero confíe en la existencia de una situación como la que configura el Registro. Citar como ejemplo el caso del heredero que sin previa inscripción de su adjudicación hereditaria, vende los bienes de su padre, no siendo realmente de éste, considerando que en este caso el tercero debe quedar protegido.

— Para Vallet «el tercero que ha comprado en vista del posible enlace registral entre la inscripción vigente y el título del transferente su adquisición ha de ser protegida por la fe pública, siempre que el título de dicho transferente llegue a ser inscrito, dando entrada al tercer adquirente. La base del derecho inscrito y el enlace sin obtáculos entre este y el título del transferente crean la fe del adquirente».

Siguiendo esta tesis de Vallet, que a nuestro juicio, junto con la de Lacruz y Sancho, son las acertadas, llegamos a la conclusión de que el adquirente de la comunidad hereditaria si que debe quedar plenamente protegido por la fe pública registral. El comprador adquiere, en efecto, de quienes en el momento de inscribirse su adquisición aparecen en el Registro con facultades para transmitir, si bien esa publicidad de las facultades dispositivas de los transmitentes no resulta del asiento anterior al que refleja la adquisición del tercero, sino del mismo asiento.

Tratándose de transmisiones de herederos no legitimarios se aplica a la inscripción del adquirente la suspensión de efectos de fe pública prevista en el art. 28 L.H.

IV. ASPECTOS CONCRETOS DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA

1º. EL DERECHO DE OPCIÓN DE COMPRA EN LA COMUNIDAD HEREDITARIA

Si el causante es el concedente de la opción, a su fallecimiento serán sus herederos los obligados a cumplir todas las obligaciones y exigir todos sus derechos derivados del contrato de opción de compra (art. 1.257 C.c.).

La cuestión deviene compleja cuando el que fallece es el titular del derecho de opción de compra, y este derecho de opción no ha sido constituido con carácter personalísimo, ya que caso de tener tal carácter tiene declarado el T.S. en sentencia de 12 de junio de 1956 que no se transmite a los herederos ya que se extingue por la muerte del causante.

Cuando en la comunidad hereditaria hay un derecho de opción de compra no personalísimo del causante ¿quién lo puede ejercitar? ¿para quién lo puede ejercitar?

Entiendo que al ser un acto de disposición necesita de la unanimidad de todos los coherederos y que pueden hacer lo siguiente:

— Ejercitarlo para todos ellos en la misma proporción que tienen en la comunidad, en cuyo caso estaremos normalmente ante una adjudicación parcial. Mediante el ejercicio de la opción ésta se extingue, ya no está en la comunidad y la consecuencia ha sido la adquisición del bien objeto del contrato de opción que ha pasado del patrimonio del concedente al patrimonio de los herederos del optante, implicando como digo una adjudicación parcial del derecho de opción a favor de los coherederos.

Si el pago de la adquisición del bien sujeto a opción lo hacen los coherederos con metálico de la comunidad, habrá también una adjudicación parcial del mismo a favor de todos ellos y en igual proporción a la que tengan en la comunidad.

¿Podrían ejercitar los coherederos, por unanimidad, el derecho de opción de compra en favor de la comunidad hereditaria? Entiendo que no. El fenómeno sucesorio transmite el derecho de opción del patrimonio del causante al de los herederos y las consecuencias del mismo deben producirse ya en el patrimonio de éstos.

— También pueden acordar todos los coherederos el ejercicio del derecho de opción por uno solo de ellos.

En este caso, el ejercicio de la opción que debe ir precedido del acuerdo unánime de todos los coherederos, implica una adjudicación parcial a favor del coheredero. El contenido de la adjudicación es el derecho de opción, al que se le determinará un valor y es precisamente ese valor el importe que tendrá de menos el coheredero adjudicatario en la comunidad hereditaria. Y todo ello independientemente que ejercite posteriormente el derecho de opción o no.

— O bien cederlo a un tercero.

2º. EL AVAL Y LA COMUNIDAD HEREDITARIA.

La cuestión que planteo en este punto es la siguiente. En qué situación jurídica se encuentra un aval, una fianza, prestada por el causante, cuando en el momento de su fallecimiento siguen en vigor la obligación principal de pago del deudor y la accesoria del fiador o avalista.

Haremos las siguientes matizaciones:

1ª. El aval como obligación de contenido patrimonial, si bien sujeto en su efectividad a la «conditio iuris» del incumplimiento del deudor, es una obligación transmisible a los herederos como consecuencia del fallecimiento del avalista (art. 1.257 C.c.).

La fianza y el aval no son obligaciones personalísimas, a no ser que se configuren como tales.

El fallecimiento del avalista no está contemplado como causa de extinción del aval (art. 1.847 C.c.). Además, el art. 1.848 C.c. especifica «la confusión que se verifica en la persona del deudor y en la del fiador cuando uno de ellos hereda al otro, no extingue la obligación del sub-fiador».

2ª. El acreedor de una deuda avalada cuyo avalista fallece ¿tiene derecho a intervenir en la herencia de éste? La cuestión es compleja. En principio debemos distinguir si la obligación principal está vencida o no, y si hay o no renuncia al beneficio de excusión por el avalista.

Si el avalista renunció al beneficio de excusión, el acreedor tendrá en la herencia del avalista idéntica situación jurídica a la de cualquier acreedor del causante.

Si el avalista-causante no renunció al derecho de excusión, esté o no vencida la obligación principal, el acreedor entiendo no puede intervenir en la partición, si bien podría solicitar la adopción de medidas cautelares para garantizar su derecho.

3ª. Los herederos del avalista deberán tener en cuenta en la partición la existencia del aval que si trae como consecuencia la obligación de pago éste debe ser tratado como una deuda más de la herencia. Por ello deben adoptar las previsiones oportunas.

3º. LA AMPLIACIÓN DEL CAPITAL Y LA COMUNIDAD HEREDITARIA

El supuesto es el siguiente: Al fallecimiento del causante éste es titular de unas acciones que como consecuencia de ese acuerdo de ampliación de capital social resulta un derecho de suscripción preferente previo desembolso total del valor nominal de las mismas. Esto es, en la comunidad hereditaria existen unos derechos de suscripción preferente, con plazo perentorio que nos plantean la duda de cómo se pueden ejercitar esos derechos.

Entiendo es un caso similar a la opción. Estamos ante un acto de disposición y por lo tanto se necesitará el consentimiento unánime de los coherederos. Estos podrán:

- Ejercitarlo para todos ellos en la misma proporción que tienen en la comunidad.
- Acordar por unanimidad que el ejercicio del derecho de suscripción preferente lo haga uno de ellos.
- Ceder el derecho a un tercero.

Entendemos aplicable lo dispuesto en el artículo 66 de la L.S.A. al regular la copropiedad de acciones: «Los copropietarios de una acción habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de la condición de accionista. La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre las acciones».

El problema que plantea este precepto es si el acuerdo para designar el titular será por mayoría o por unanimidad. Si es acto de administración, mayoría. Si es de disposición, unanimidad.

Entiendo que la designación en sí misma es un acto de administración, pero que luego la persona nombrada puede realizar actos, como el ejercicio o no del derecho de suscripción preferente que considero actos de disposición, al igual que la enajenación de tal derecho a favor de un tercero. Y en este punto ya resulta más difícil admitir el principio de las mayorías y quizás fuese más seguro exigir en todo caso la unanimidad.

4º. LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO EN LA COMUNIDAD HEREDITARIA

El ejercicio de los derechos de tanteo y de retracto, en cuanto entraña un verdadero acto de disposición, debería realizarse conjuntamente también por todos los herederos.

Sin embargo, a propósito del retracto convencional en la compraventa, el artículo 1.514, párrafo 2º parece autorizar a cada uno de los coherederos a retraer su parte respectiva, y el artículo 1.517 admite que el vendedor con pacto de retro ejercite su derecho contra cada uno de los herederos del comprador por su parte respectiva, preceptos que, lógicamente interpretados, parecen presuponer la atribución a cada uno de los coherederos de una cuota en cada uno de los objeto de la herencia, lo cual choca abiertamente

con la concepción de la comunidad hereditaria como comunidad sobre el patrimonio. Nos encontramos, pues, con la objeción más grave que puede oponerse a la doctrina admitida por nuestra Jurisprudencia y en particular por la Dirección General de los Registros y Notariado. La solución acorde con esta última sería que el derecho de retracto no pudiera ejercitarse sino por todos —o frente a todos— los herederos, conjuntamente.

5º. ELEVACIÓN A PÚBLICOS DE DOCUMENTOS PRIVADOS DE COMPRAVENTA OTORGADOS POR EL CAUSANTE COMO VENDEDOR.

La herencia comprende todos los derechos y obligaciones que no se extingan con la muerte (659 C.c.) y entre ellos, y por aplicación a los herederos de la doctrina de los actos propios, la obligación de elevar a públicos tales documentos firmados por el causante (1.279 C.c.). Se trata por ello, de contratos perfeccionados y consumados, en que han mediado título y modo, y respecto a los cuales los herederos se limitan a cumplir la obligación de llenar el requisito de la forma si les es exigido por la contraparte. (Res. 30 abril 1908).

Esta formalización documental puede ser realizada por todos los coherederos, actuando por unanimidad, en fase de comunidad hereditaria, o bien mediante las llamadas «ajudicaciones hereditarias en vacío» consistentes en adjudicar en la partición a un coheredero el bien que enajenó su causante, al exclusivo efecto de cumplir frente al adquirente la obligación de titulación.

Tienen en común con nuestro supuesto el constituir asimismo una excepción al principio registral de tracto sucesivo, contemplada específicamente en el artículo 20.5, 1º L.H.. Así lo afirma las Res. de 9 de mayo de 1988.

Caso distinto es la elevación a públicos de documentos privados de compraventa en que el causante es el comprador. Es el supuesto de la Res. de 15 de noviembre de 1996, que resolvió que la escritura debía formalizarse a favor de la comunidad hereditaria, pues de hacerse recta vía a favor de los herederos, se estaría violentando la causa del negocio realmente celebrado, de gratuito (la herencia), a oneroso (la compra a quien vendió al causante) sustrayéndose el bien de las responsabilidades por las deudas del fallecido.

6º. LA QUIEBRA DEL CAUSANTE, LA QUIEBRA DE LA HERENCIA Y LA QUIEBRA DEL HEREDERO

El C.c. al regular la sucesión mortis causa no hace referencia alguna a la institución de la quiebra, y, por su parte, la regulación de la quiebra en el C.C.º prescinde por completo del fenómeno sucesorio. Si a ello se une la necesidad de enfocar el análisis de la materia desde una perspectiva global, tanto civilista como mercantilista, se comprenderá fácilmente, como dice Bolás Alfonso, la ausencia de estudios doctrinales sobre la cuestión, a pesar de su evidente importancia práctica.

Las cuestiones que suscita la puesta en relación de la institución de la quiebra con el fenómeno sucesorio son distintas según que la quiebra afecte al causante o al heredero.

Al fallecimiento del comerciante que ha sobreseído en el pago corriente de sus obligaciones plantea la doble cuestión de la quiebra del causante y de la quiebra de la herencia, según que la quiebra haya sido o no declarada al tiempo de dicho fallecimiento.

Por el contrario, la quiebra del heredero plantea el problema de su capacidad para aceptar y adjudicarse la herencia, dado el principio de extensión de la quiebra a los bienes futuros, es decir, a los adquiridos por el quebrado con posterioridad a la declaración de la quiebra.

— **La quiebra del causante.**

Si el comerciante declarado en quiebra fallece durante la tramitación del juicio se produce la situación que los autores denominan «quiebra del causante».

Hipótesis que, a diferencia de otras legislaciones como la italiana y la francesa, no está regulada en nuestro Derecho. No obstante, el borrador del Anteproyecto de Ley Concursal que está elaborando la Sección de D^o Mercantil de la Comisión General de Codificación, hace suya la tesis doctrinal dominante según la cual la muerte o declaración de fallecimiento del quebrado no será causa de conclusión de la quiebra, la cual proseguirá respecto de la herencia. Fallecido el quebrado, cualquier acreedor podrá requerir a los herederos ante el Juez de la quiebra para que acepten o repudien la herencia.

El principio básico es el de que, aunque el fallecimiento del quebrado deja sin sentido los efectos personales de la quiebra, por la extinción de la personalidad jurídica del causante, no obstante el procedimiento de quiebra continúa de manera que el fallecimiento del quebrado no provoca ni la conclusión ni la paralización del juicio de quiebra.

Respecto de la no paralización del procedimiento de quiebra, debe matizarse esta afirmación ya que, desde el punto de vista procesal, hay que distinguir, en la práctica, dos supuestos:

— Que el causante quebrado hubiese comparecido en los autos: en este caso será de aplicación la norma general contenida en el número 7^o del art. 9 de la L.E.C. según el cual, el Procurador estará obligado a poner en conocimiento del Juez el hecho del fallecimiento, y si no presentare nuevo poder de los herederos o causahabientes del finado, acordará el Juez que se les cite para que dentro del plazo que les fijará se personen en los autos. Ello conlleva la paralización o interrupción del procedimiento en todas sus secciones y piezas separadas, durante el plazo que se conceda a los herederos para su personación.

— Que el causante no estuviera personado en autos, en cuyo caso su fallecimiento no produce interrupción de ninguna clase. Sin perjuicio de que en cualquier caso los herederos del quebrado puedan personarse en la quiebra y ejercitar en ella las acciones que competieran a su causante, pero sin retrotraer el procedimiento.

EFFECTOS:

Fallecido el quebrado, los efectos de la quiebra se limitan a los estrictamente patrimoniales, y dichos efectos son distintos según que se produzca o no la confusión del patrimonio del causante-quebrado con el de sus herederos.

A) Si el heredero o herederos aceptan la herencia pura y simplemente, quedan responsables de todas las deudas del causante, no sólo con los bienes de éste, sin también con los suyos propios (arts. 659, 661 y 1.003 C.c.). Consecuentemente, si el heredero carece de patrimonio suficiente, la quiebra del causante derivará en la quiebra del heredero.

B) Por el contrario, sin los herederos hubieren aceptado a beneficio de inventario, su responsabilidad queda limitada hasta donde alcancen los bienes de la herencia sin que se produzca la confusión de patrimonios (art. 1.023 C.c.), de manera que la masa activa quedará integrada exclusivamente por los bienes de la herencia y la masa pasiva por los acreedores del causante.

Pero lo que nos interesa destacar es el problema que plantea la colisión de las normas del C.c. en materia de aceptación de herencia a beneficio de inventario, con las de la quiebra. En el caso de quiebra, no hay más inventario fiel y exacto que el realizado en el seno del procedimiento, y la disposición de los bienes y el pago de los acreedores se rige por esta normativa especial, por lo que las normas del C.c. deben entenderse desplazadas por la aplicación preferente de las normas de la quiebra. Por ello, si el heredero realiza dentro de plazo la aceptación a beneficio de inventario, la eficacia de esta aceptación no debe quedar sujeta a los demás requisitos exigidos por el C.c..

— La quiebra de la herencia.

En cuanto a la quiebra de la herencia la hipótesis es diferente, ya que en este caso el causante ha fallecido sin estar declarado en quiebra.

La base legal para la declaración de la quiebra de la herencia se encuentra en el art. 1.053 L.E.C., según el cual «Las testamentarias podrán ser declaradas en concurso de acreedores o en quiebra, en los casos en que así proceda respecto a los particulares; y si lo fueren se sujetarán a los procedimientos de estos juicios».

Como nos dice Bolás Alfonso, a pesar de los términos literales de este precepto, admitida la quiebra de la testamentaria no cabe rechazar la quiebra de la herencia, en general, sea testada o intestada.

En cuanto a los efectos de la quiebra de la herencia, al igual que en el caso de la quiebra del causante, son estrictamente patrimoniales.

Se trate de herencia yacente o de herencia aceptada a beneficio de inventario, como consecuencia de la declaración de quiebra de la herencia, el patrimonio del causante integrará la masa activa y sus acreedores la masa pasiva, y serán los síndicos quienes tendrán la administración, disposición y representación de los bienes.

Concluida la quiebra, si quedan bienes, corresponderán a los herederos y, en su caso, los acreedores particulares de éstos podrán accionar contra los mismos conforme a las reglas generales.

Si no está declarada la quiebra de la herencia y los herederos aceptan pura y simplemente, si se produce la confusión de patrimonios, la responsabilidad de éstos se extiende a todo su patrimonio. En Aragón, ya vimos que esto no es posible.

— La quiebra del heredero.

El supuesto del heredero que, tras adjudicarse los bienes hereditarios, es declarado en quiebra, no plantea especialidad alguna pues la quiebra afectará a todo su patrimonio con independencia de cual sea su origen.

En cambio, reviste cierta complejidad el caso del heredero que es declarado en quiebra antes de aceptarla y adjudicarse los bienes hereditarios.

Por aplicación del principio de responsabilidad universal, sancionado por el art. 1.911 del C.c., el quebrado responde tanto con sus bienes presentes como con los futuros. Por ello, si deviene heredero, la herencia pasará a integrar la masa activa de la quiebra. A la quiebra sólo irá lo que restare luego de haber pagado a los acreedores del causante que conservan los derechos que les reconoce el C.c. frente a los acreedores particulares del heredero, que integrarán la masa pasiva de la herencia (arts. 1.026, 1.027, 1.031, 1.082, 1.083, 1.084 y 1.032).

Los problemas que plantea la hipótesis de que alguno o algunos de los herederos estén declarados en quiebra son problemas básicamente de capacidad para la aceptación de la herencia y la partición hereditaria.

Cabría zanjar la cuestión, cómodamente, afirmando sin más que el heredero quebrado, al estar inhabilitado y carecer de la libre disposición de sus bienes (art. 878 C^o de C^o) no puede aceptar ni renunciar la herencia, ni, por supuesto, hacer la partición, por aplicación de las normas generales del C.c.

La tesis restrictiva, con matizaciones, es la seguida por la mayoría de la doctrina civilista. Así:

1. La mayoría de los autores ciñen sus comentarios a los artículos 992 y siguientes del C.C.^o y, como quiera que el C.c. guarda silencio al respecto, nada dicen, dando por supuesto que el quebrado no puede aceptar la herencia por carecer de la libre disposición de sus bienes (Vallet).

2. Otros, como Manuel de la Cámara, sí que se pronuncian afirmando rotundamente que «los concursados y quebrados, al carecer de la libre disposición de sus bienes, es claro que no pueden aceptar o repudiar herencias. Por ellos tendrán que hacerlo los síndicos».

3. Otros matizan algo más. Así, Rivas Martínez, citando a Lacruz, entiende que «apreciando todos los intereses en juego y por analogía con los incapacitados y menores, los quebrados y concursados podrán por sí aceptar con beneficio de inventario, por la misma razón que pueden aceptar donaciones; y necesitarán autorización de los síndicos para aceptar pura y simplemente o repudiar, por cuanto de ello puede seguirse daño a su patrimonio, sobre el cual ya no pueden disponer».

Para Bolás Alfonso la respuesta no es tan sencilla. Debemos tener en cuenta la naturaleza y alcance la inhabilitación del quebrado.

Si el quebrado es realmente un incapacitado no podrá nunca aceptar ni repudiar la herencia, ni pedir la partición ni participar en ella, pero si la situación es de cuasi-incapacitación, es decir de capacidad limitada en beneficio de la masa de acreedores, habrá que preguntarse en cada caso, si los citados actos son actos que pueden perjudicar a los acreedores y, por lo tanto, quedan exclusivamente dentro de la órbita de los síndicos, o, si, por el contrario, pueden ser realizados por los herederos.

El T.S. en sentencia de 20 de diciembre de 1952 dice que la restricción de la capacidad jurídica del quebrado «no es absoluta, sino que se contrae al ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones que por su finalidad o por su origen tengan su objeto en el acervo patrimonial que ha de constituir la masa de bienes sobre la que opera la quiebra».

En consecuencia de lo anterior, será preciso actuar con cierto casuismo para delimitar cuando los actos del heredero pueden o no perjudicar a sus acreedores. Siguiendo a Bolás Alfonso, distinguiremos:

A) Durante el procedimiento de quiebra, el deudor:

— No podrá repudiar la herencia ni aceptarla pura y simplemente, ni adjudicarse o practicar la partición. Tales actos sólo pueden hacerlos los síndicos. Si el quebrado los realiza serán nulos de pleno derecho por lo que en el caso de la renuncia, no se dará el supuesto de aplicación del art. 1001 C.c.

— Podrá aceptar la herencia a beneficio de inventario, ya que, al igual que la aceptación de donaciones puras, son actos a los que no se extiende la cuasi-incapacitación por lo peligrar los intereses que ésta figura protege.

B) Dictado el auto que ponga fin al juicio de quiebra si la quiebra terminó por pago o por convenio, pero la total enajenación de los bienes de la masa activa no fue suficiente

para el pago de todos los acreedores reconocidos en la quiebra, o el convenio fue de cesión de bienes para pago y aún no se ha cumplido íntegramente, estando en funciones la comisión liquidadora, en este caso, dado que tanto la renuncia hereditaria como la aceptación pura y simple tienen evidente trascendencia para los acreedores y, además, el quebrado sigue inhabilitado, estos actos entrarán dentro de la competencia de los liquidadores de la quiebra.

C) Por el contrario, si dictado el auto que ponga fin al juicio de quiebra, el pago fue total o el convenio fue de finiquito o dación en pago, desaparece el interés de los acreedores, cuyos créditos han quedado totalmente extinguidos aunque el quebrado llegase a mejor fortuna (art. 905 C.C°.).

Pero el quebrado técnicamente no está rehabilitado, y la rehabilitación puede en la práctica sufrir un considerable retraso por razones puramente procesales. ¿Qué decir en este caso respecto de la capacidad del quebrado para aceptar la herencia y adjudicarse los bienes hereditarios? Juan Bolás propugna la tesis positiva.

7°. ESCRITURA DE OBRA NUEVA CONSTRUIDA LA VIVIENDA POR EL CAUSANTE Y SU ESPOSA Y FORMALIZADA LA ESCRITURA POR LA VIUDA Y LOS HIJOS

La Resolución de 11 de diciembre de 1998 contempla el supuesto de que fallecido el marido, con carácter previo a la partición de la herencia del causante y de la liquidación de su sociedad conyugal, la viuda y los hijos otorgaron escritura de declaración de obra nueva de una vivienda unifamiliar realizada por el causante y su esposa sobre una finca de carácter presuntivamente ganancial, y haciéndose constar por certificación de Hacienda de estar dada de alta en el año 1985. Presentada la copia en el Registro se calificó desfavorablemente ya que se estimó como defecto subsanable el constar la finca inscrita a favor del marido, con carácter presuntivamente ganancial, y habiendo fallecido éste, es preciso para inscribir la obra nueva realizar la partición de la herencia sobre la misma, para saber a quién se adjudica y en qué proporción; no se trata aquí, dice el Registrador, de un caso de tracto abreviado, pues en el documento no se dispone de una finca a favor de tercero, sino que se solicita la inscripción de la obra nueva a favor de los mismos interesados, sin precisar las cuotas que les corresponden y en qué proporción. Interpuesto el recurso por el Notario autorizante, el Presidente del Tribunal Superior de Justicia revocó la nota del Registrador, el cual apeló ante la Dirección General, la cual desestimó el recurso y confirmó el Auto apelado.

El problema que plantea la Resolución de 11 de diciembre de 1998 es dilucidar la cuestión relativa de la constatación registral por parte de los herederos, en situación de comunidad hereditaria indivisa, mediante un asiento inmatriculador (en el sentido de primer acceso al Registro de la obra nueva discutida) de una obra nueva que, no obstante haber sido adquirido el terreno y construido el edificio por el causante en vida, sin embargo, no tuvo acceso la obra nueva al Registro mediante el otorgamiento de la escritura correspondiente.

Podemos concluir con José Luis Fernández Álvarez y César Carlos Pascual de la Parte, lo siguiente:

1°. Si los herederos, de común acuerdo y de forma unánime otorgan la escritura de obra nueva y solicitan su inscripción en favor del causante, no hay problemas y se debe inscribir de esta manera como la más lógica y natural.

2º. Si los herederos, al otorgar la escritura de obra nueva, se limitan a solicitar la inscripción simplemente, o si nada se pide o se dice sobre este particular, el registrador deberá practicar la inscripción a nombre del causante (igual que en el supuesto anterior).

3º. Si los herederos piden expresamente que la obra nueva en cuestión se inscriba a su nombre, hay que distinguir:

a) Si hubo adjudicación parcial o partición, la finca y la obra nueva contenida en su interior se inscribirán a nombre de los herederos adjudicatarios, en régimen de comunidad indivisa romana y por cuotas.

b) Si no hubo tal adjudicación en proindiviso de la finca, lo que procede es inscribir la obra nueva a nombre de los herederos en comunidad germana o mano común, con reflejo registral en los términos que recoge la Resolución comentada de 11 de diciembre de 1998.

Intervención de D. Carlos CARNICER DÍEZ. Coponente

EL CONSORCIO FORAL

I. INTRODUCCION

Voy a ocuparme, brevemente, dentro del título general de la ponencia, que trata de «La Comunidad Hereditaria», de la, a mi entender, más peculiar dentro de nuestro Derecho peculiar: El «Consortio o Fideicomiso Foral».

Sobre el consorcio foral se han pronunciado casi todos los autores que han tratado de nuestro Derecho, pero, muy especialmente, la institución fue objeto de una magnífica ponencia desarrollada hace tan solo dos años, en los séptimos encuentros de este mismo FORO DE DERECHO ARAGONÉS, por María del Carmen Sánchez-Friera González, Pedro Martínez Viamonte y José Manuel Jarabo Rodés.

No obstante lo anterior, resulta oportuno traer nuevamente a las sesiones del FORO DE DERECHO ARAGONÉS la figura del consorcio foral porque hoy se acomete el tratamiento de la comunidad hereditaria, en general. Es también especialmente oportuno traerlo ahora, a estos novenos encuentros de 1999, porque la reciente Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, de las Cortes de Aragón, no solo ha mantenido la institución, sino que la ha regulado de forma diferente a como venía recogida en el artículo 142 de la Compilación, desarrollándola y acogiendo gran parte de las propuestas que, *de lege ferenda*, venían propugnando algunos foralistas, yo creo que todas excepto una de las que en este mismo FORO quedaron expuestas en los séptimos encuentros. Pero voy a añadir una razón más a la oportunidad: Decía nuestro ponente, Honorio Romero, en un artículo publicado en la Revista de Derecho Civil Aragonés, que «el consorcio foral es una institución completamente desconocida por el pueblo». Y no le faltaba razón porque todos somos «pueblo», y son muy pocos los profesionales del derecho que conocen bien la figura del consorcio o fideicomiso foral, y muchos los que la ignoramos o la evitamos, por escaso conocimiento. Por supuesto, la desconoce totalmente el resto de la ciudadanía, o «pueblo» en dictado de Honorio. Y siendo uno de los objetivos de este Foro el de aunar esfuerzos para el mejor conocimiento, aplicación e interpretación del ordenamiento jurídico aragonés, es necesario traer una y otra vez las instituciones poco conocidas, hasta que dejen de serlo.

No obstante, intentaré evitar repeticiones de cuanto se expresó magníficamente en la tercera ponencia de los séptimos encuentros del FORO DE DERECHO ARAGONÉS, y, sobre todo, resaltaré las trascendentales modificaciones operadas en la Ley 1/1999.

II. ANTECEDENTES INMEDIATOS. ABOLICION Y REINTRODUCCION DEL CONSORCIO FORAL EN LA LEGISLACION CIVIL

La figura del llamado consorcio o fideicomiso foral, institución típicamente aragonesa, fue eliminada de nuestra legislación civil en el Apéndice de 1925. Así se destaca en la exposición de motivos de nuestra Compilación, habiendo establecido María del Carmen Sánchez Friera González¹ como principales causas de su desaparición, por un lado

(1) María del Carmen Sanchez-Friera González: El Consortio Foral en el Derecho Civil Aragonés, Colección el Justicia de Aragón, 1994, pág. 88.

el concepto liberal e individualista de la propiedad, propio de la época, y, por otro, el espíritu excesivamente conciliador mostrado por los representantes aragoneses en las negociaciones llevadas a cabo con el Gobierno Central a fin de conseguir la unificación del Derecho Civil.

Lo cierto es que numerosos tratadistas, y entre ellos Martón y Santa Pau, se habían pronunciado desfavorablemente sobre el mantenimiento de la institución, abogando, en todo caso, por una interpretación restrictiva: «el consorcio se tiene por materia odiosa, por lo mismo que repugna al derecho común y quita al hombre la legítima y libre administración de sus bienes..., por tanto, lejos de ampliarlo a otros casos, debe interpretarse estrictamente sin poder extender sus disposiciones a otros ni más casos que los expresamente marcados en nuestros fueros y observancias»².

También otros insignes foralistas, antecesores míos en el ejercicio de la abogacía, incluso en las responsabilidades colegiales, como Joaquín Gil Berges y Marceliano Isabal y Bada se manifestaron a favor de la supresión del consorcio: «Como el vínculo y como el retracto gentilicio, como la troncalidad y la exclusión de los ascendientes de la sucesión intestada, obedece el consorcio al deseo de conservar los bienes en la familia. Pero las sociedades no pueden permanecer indefinidamente estacionarias. Sus pensamientos, sus ideas y sus miras, sufren alteraciones, y al compás de éstas han de modificarse las instituciones jurídicas. El espíritu de familia en los tiempos últimos se ha amonorado, no diré en cuanto a su viveza y efusión, sí en cuanto a los límites de su extensión; al mismo tiempo ha nacido el deseo de facilitar la transmisión de la propiedad y asegurar así el crédito territorial. Por eso en todas partes se tiende a restringir la sucesión intestada y a modificar, en el sentido indicado, las leyes hipotecarias. El Consorcio Foral no puede eximirse de esa ley; tuvo su razón de ser, su necesidad relativa durante gran lapso de tiempo de la vida de Aragón; pero Aragón no desea ya que se conserve, sino que desaparezca»³.

Franco y López, en su Memoria de 1880, en la que recogía las instituciones forales cuya vigencia propugnaba, la conceptúa como «institución hija de otra edad de diferentes costumbres que las actuales», y añade: «no es fácil encontrar en la existencia de este consorcio ventajas que sean suficientes a compensar los inconvenientes que para la libre disposición de la propiedad tiene que reducir a cada consorte o condueño de la parte... creo por tanto que debe renunciarse de muy buen grado a la subsistencia de esta parte de nuestro Derecho»⁴.

El Congreso de Jurisconsultos Aragoneses de 1881 votó a favor de la supresión del consorcio y tampoco el proyecto de Código Civil de Aragón de 1890 lo incluyó entre sus instituciones.

La Audiencia Territorial de Zaragoza, recogía el sentir de la doctrina en su Sentencia de 2 de febrero de 1917: «sin desconocer las acerbas censuras que se han dirigido al llamado Consorcio Foral, hasta el punto de estar propuesta su supresión, mientras esto no suceda los Tribunales vienen obligados a hacer la aplicación procedente en las leyes positivas...», e incluso refrendó aquellas acerbas críticas a la institución en la Sentencia

(2) Joaquín Martón y Gavín y Francisco Santa Pau y Cardús. Derecho y Jurisprudencia de Aragón por dos Abogados del Ilre. Colegio de Zaragoza. Tomo I, imprenta Vicente Andrés, Zaragoza 1865, pág. 609.

(3) Marcelino Isabal y Bada. Revista de Derecho Privado, 1918.

(4) Franco y López- Primera Memoria, pág. 105, Segunda parte, pág. 96.

de 14 de marzo de 1924: «aun reconociendo que la institución aragonesa llamada consorcio foral, que algunos denominan fideicomiso foral, pugna con las tendencias modernas por las trabas que impone al derecho de propiedad y otras causas que no viene al caso exponer, mientras el poder legislativo no revoque o modifique los Fueros y Observancias que la mencionan, reconocido como está también por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 12 de junio de 1900, forzoso es a los Tribunales ajustar sus resoluciones al precepto que regula tal Institución».

Los escasos foralistas que se manifestaron a favor del mantenimiento de la institución consorcial, de entre los que cabe destacar a Martín Costea⁵, no consiguieron evitar ni la supresora votación en el Congreso de Jurisconsultos ni la desaparición del consorcio en el Apéndice de 1925.

Sin que los autores hayan sabido explicar muy bien las razones, la figura reaparece sorprendentemente en la Compilación de 8 de abril de 1967. Los dos primeros anteproyectos a la vigente Compilación Aragonesa de 1961 y 1962 no recogían tampoco el consorcio foral. Fue en el anteproyecto de julio de 1963, en el que por primera vez se regula el consorcio en términos iguales a los del artículo 142 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón, que fue respetada por los sucesivos anteproyectos redactados por la Sección especial de la Comisión General de Codificación, de julio de 1965 y mayo de 1966.

Desde la Compilación de Derecho Civil Aragonés de 1967, y a pesar de haber devenido norma legal vigente, el criterio de los juristas no se modifica demasiado respecto de los que propugnaron su supresión ya que, amén de ser una institución cuasi desconocida por los ciudadanos, sigue mereciendo severas críticas. En concreto, en la encuesta celebrada por el Il. Colegio Notarial de Zaragoza en el mes de marzo de 1997, entre todos los notarios ejercientes en Aragón, consideran éstos que el consorcio foral es la institución aragonesa más inadecuada.

La escueta regulación del artículo 142 de la Compilación de Derecho Civil Aragonés de 1967 ha dado lugar a numerosa doctrina intentando desvelar no sólo la naturaleza *sui generis* del consorcio, sino también la adecuada interpretación de sus numerosas lagunas⁶.

Así las cosas, la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte mantiene la figura del consorcio regulándola en sus artículos 58 al 61, haciendo en su preámbulo la siguiente referencia expresa: «El Consorcio Foral», reintroducido en la Compilación de 1967 tras vencer algunas dudas, es mantenido en esta Ley en sus rasgos básicos, pero añadiendo precisiones inspiradas en las necesidades de la práctica tanto en la previsión de los hechos que lo originan como en la determinación de sus efectos. En particular, parece llamada a tener frecuente aplicación la permisión de separación de un

(5) Don Alberto Martín Costea: del Consorcio Foral. Calatayud.

(6) José Luis Merino Hernández: «El Consorcio Foral Aragonés». Librería General de Zaragoza 1976; y Revista de Derecho privado, Comenarios al Derecho Civil y Compilaciones Forales, dirigidas por Manuel Albadalejo, Tomo XXXIV, volumen II, págs. 173 y siguientes.

Maria del Carmen Sánchez-Friera González: «El Consorcio Foral en el Derecho Civil Aragonés», colección El Justicia de Aragón.

José Luis Lacruz Berdejo: «El Consorcio Foral Aragonés», 1977.

Honorio Romero Herrero: «Reflexiones sobre el nacimiento del Consorcio Foral Aragonés por adquisición hereditaria». Revista de Derecho Civil Aragonés. 1997-III- (1).

consorte por el sencillo medio de declarar su voluntad en escritura pública, con lo que tendrían fácil solución algunas situaciones indeseadas puestas de relieve por algunos autores».

III. REGULACIÓN ACTUAL

El consorcio o fideicomiso foral está regulado en el Capítulo VII del Libro Primero de la Ley 1/1999, de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, de las Cortes de Aragón, con el siguiente articulado:

»Artículo 58. *Consortio foral.*

1. Salvo previsión en contrario del disponente, desde que varios hermanos o hijos de hermanos hereden de un ascendiente bienes inmuebles, queda establecido entre ellos, y en tanto subsista la indivisión, el llamado <consorcio o fideicomiso foral>.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior se aplicará también a los inmuebles adquiridos proindiviso por legado o donación.

Artículo 59. *Efectos.*

1. Vigente el consorcio foral, sólo son válidos los actos de disposición, *inter vivos* o *mortis causa*, realizados por un consorte sobre su cuota en el consorcio o en alguno de los bienes que lo integran cuando se otorguen a favor de sus descendientes, que con ello adquirirán la condición de consortes, o de otro consorte.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, es embargable la cuota de un consorte en el consorcio o en alguno de los bienes que lo integran, sin que pase a formar parte del consorcio el extraño que la adquiera en el procedimiento de apremio.

3. Si un consorte muere sin descendencia, su parte acrece a los demás consortes, que la reciben como procedente del ascendiente que originó el consorcio. En caso de recobro de liberalidades, el acrecimiento no se produce respecto de los bienes recobrados.

Artículo 60. *Separación de un consorte.*

1. Dejarán de aplicarse los efectos del consorcio al consorte que declare su voluntad de separarse totalmente del mismo en escritura pública.

2. La separación deberá comunicarse fehacientemente a los demás consortes, entre los que continuará el consorcio.

Artículo 61. *Disolución del consorcio.*

El consorcio se disuelve por la división del inmueble o inmuebles y por acuerdo de todo los consortes.»

IV. CARACTERÍSTICAS DEL CONSORCIO O FIDEICOMISO FORAL

No resulta fácil definir el consorcio foral ni establecer su naturaleza jurídica, considerando los institutos pacíficamente delimitados y definidos.

Me permito apuntar mi criterio personal para que en el coloquio podamos reflexionar todos juntos: El consorcio o fideicomiso foral es, desde luego, una comunidad, pero a partir de aquí casi nada resulta admitido por los autores pacíficamente. A mi entender, tiene más connotaciones de la comunidad germánica que de la romana, aunque la Ley 1/1999 de 24 de febrero haya aumentado las facultades de disposición de los consortes

y reconozca representaciones de la cuota consorcial en cada uno de los bienes que la integran.

En cuanto a si debe ser considerada una institución propia del derecho sucesorio o del derecho de propiedad, yo pienso que no es posible enmarcarla netamente en una sola materia porque la figura excede, con mucho, una rama del derecho civil. Yo creo que inicialmente es derecho sucesorio, que en su evolución dinámica tiene, preferentemente, contenido patrimonial y que participa, ahora más que antes, con la perpetuación del consorcio, del derecho de sociedades.

Y creo, por último, que los preceptos que hoy regulan el consorcio foral son de carácter dispositivo: puede evitarlo el causante del consorcio; puede cada uno de los consortes evitar sus efectos, unilateralmente; y pueden todos ellos disolverlo, incluso sin cesar en la indivisión.

Desde un punto de vista práctico, aun reconociendo su indudable valor instrumental, más que fijar la naturaleza jurídica de la figura del consorcio, tratando de incluirla en una categoría predeterminada, me parece más útil intentar explicar sus efectos y características esenciales desde las propias normas que lo regulan.

IV.1. La constitución del consorcio

IV.1.a. Institución «*ope legis*».- El consorcio se constituye partiendo de la sucesión de una persona, ya sea legal, testada o paccionada. Así lo sanciona el artículo 58 de la L.S. cuando establece que queda establecido el consorcio «desde que varios hermanos o hijos de hermanos hereden de un ascendiente...». Añadiendo el apartado 2 del mismo artículo que «lo dispuesto es el apartado anterior se aplicará también a los inmuebles adquiridos proindiviso por legado o donación».

El consorcio se inicia, pues, *ope legis* desde que varios hermanos o hijos de hermanos adquieren por herencia, legado o donación bienes inmuebles indivisos.

Es indiferente que la sucesión se defiera por testamento, por pacto sucesorio o por disposición de la Ley. Como afirma Jose Luis Lacruz Berdejo: «La vinculación consorcial se inicia en el momento de coincidir los hermanos o primos en la titularidad y, por tanto, al aceptar más de uno la donación o la herencia, o recaer en ellos el legado. Es indiferente que la herencia o el legado se hallen ordenados en Testamento o en pacto sucesorio»⁷.

El artículo 7 de la L.S. ubica el momento de adquisición de la herencia en el de su aceptación, para el llamado a título de heredero; en el que se establezca al efecto, para el pacto sucesorio y en el momento de la delación (momento del fallecimiento del causante, según el artículo 6.1) para el sucesor a título particular.

El consorcio quedará constituido pues, automáticamente cuando hermanos o hijos de hermanos adquieran de un ascendiente por herencia, legado o donación bienes inmuebles en proindivisión, con la única excepción de que el disponente haya excluido el consorcio. Las acciones que los artículos 60 y 61 de la L.S. confieren a los sucesores para excluir los efectos consorciales nacen con posterioridad a la constitución del consorcio.

(7) José Luis Lacruz Berdejo: «El Consorcio Foral», pág. 333.

IV.1.b. Pluralidad de consortes. Constitución simultánea o sucesiva

Los términos en que se expresa el artículo 58 evidencian que será necesario que concurran más de uno de los hermanos o de los hijos de los hermanos, para que surja el consorcio.

El momento de la adquisición puede ser diferente en la sucesión legal, en la sucesión paccionada y en la sucesión testamentaria, y siendo éstas compatibles (art. 2 L.S.) puede suceder que el establecimiento del consorcio se produzca no desde el momento en que uno de los llamados a constituir el consorcio acepte la donación o la herencia o reciba el legado, sino desde que lo hagan dos o más de entre ellos.

En definitiva el consorcio nacerá cuando el segundo hermano o hijo de hermano acceda al dominio de una cuota hereditaria sobre uno o varios inmuebles en indivisión. Y el consorcio se completará cuando los restantes hermanos o hijos de hermanos vayan adquiriendo el dominio de los bienes consorciales por cualquiera de los títulos mencionados.

La constitución del consorcio será simultánea cuando todos los consortes adquieran simultáneamente las cuotas consorciales, y sucesiva cuando la adquisición de la cuota consorcial se produzca en distinto momento por alguno de los llamados al consorcio.

IV.2. Efectos del consorcio

IV.2.a. Limitaciones a la disponibilidad de la cuota consorcial

Es esta una característica esencial del consorcio, que se conserva en la actual L-S. pero atenuándose considerablemente. El antiguo artículo 142 de la Compilación solo permitía la disposición de la cuota consorcial por actos *mortis causa* y únicamente a favor de los herederos del consorte disponente. Ahora, con la novedosa regulación establecida en la reciente Ley de Sucesiones, puede transmitirse la cuota consorcial no sólo por actos *mortis causa*, sino también *inter vivos*; no sólo a favor de descendientes del consorte, sino también a favor de otro consorte; y no solo puede disponerse de la cuota en el consorcio, sino también de la que corresponda al consorte en alguno de los bienes que lo integren.

Y se zanja también el debate surgido en los séptimos encuentros entre la ponencia y el compañero David Arbués, que nos honra con su presencia, sobre la posibilidad de trabar embargo sobre la cuota consorcial. El artículo 59.2 declara embargable la cuota de un consorte en el consorcio o en alguno de sus bienes, aunque impide al extraño que la adquiera en el procedimiento de apremio correspondiente, pasar a formar parte en el consorcio. Luego es perfectamente posible la venta forzosa no sólo de la cuota consorcial sino también de la que correspondiente a cualquiera de sus bienes.

IV.2.b. *Acrecimiento*. En esencia, el artículo 59.3 sigue determinando el acrecimiento de la cuota consorcial de los sobrevivientes respecto de la del consorte difunto que no dejó descendientes. Solo que, de una parte, refuerza el carácter sucesorio de la institución al establecer que los sobrevivientes reciben la cuota que fue del consorte muerto sin descendencia, no de éste, sino del ascendiente que originó el consorcio. Y de otra parte, proclama la preferencia del derecho de recobro de liberalidades al de acrecer.

IV.3. Derecho hereditario

LORENTE SANZ y MARTIN BALLESTEROS afirmaron: «Del origen del consorcio foral, que no puede ser más que una sucesión hereditaria; de su regulación en fueros y

observancias y de su sistemática en los fueristas, se deduce que la norma material es de Derecho hereditario»⁸.

Por su ubicación sistemática, era derecho sucesorio en la Compilación de 1967, ya que el artículo 142 quedaba amparado bajo el Título «Normas comunes a las diversas clases de sucesión». La actual L.S. inserta el consorcio en el Título Primero que trata «De las sucesiones en general», pero constituyendo un capítulo autónomo, el VII, titulado con el propio nombre de la institución: «Consortio Foral».

Desde luego, la relación de los consortes con quien originó el consorcio es hereditaria y así lo establece la nueva expresión contenida en el artículo 58.1: «... desde que varios hermanos o hijos de hermanos *hereden* de un ascendiente...». Pero es que, además, la condición de consorte está ligada indisolublemente a la de descendiente del causante del consorcio o a la de descendientes o ascendientes de algún consorte. El derecho a suceder en la condición de consorte sólo correspondería a esos descendientes que señala la norma y no a otros.

El consorcio foral constituye una comunidad hereditaria que se rige por sus propias reglas, las contenidas en la Ley y aquellas otras que hayan querido establecer el que causó el consorcio y los propios consortes.

IV.4. Elemento subjetivo

En principio, en el ámbito subjetivo no se ha producido novedad. Los bienes inmuebles han de provenir de un ascendiente y deben recibirlos hermanos o hijos de hermanos.

Pero hay que resaltar que el artículo 59.1 de la L.S. permite ahora los actos de disposición de la cuota consorcial o en alguno de los bienes que la integran, mediante actos de disposición *inter vivos* o *mortis causas* a favor de los descendientes del consorte, reconociendo a aquéllos, expresamente, la condición de consortes. Pienso, por tanto, que quedan zanjadas las divergencias sobre si el consorcio es estático o dinámico. La modificación subjetiva de la cuota en el consorcio se producirá no sólo cuando fallezca uno de los consortes, por el acrecimiento operado en los demás, sino cada vez que accedan al consorcio los consortes sobrevenidos y esto indefinidamente. Se vuelve, pues, al origen de la figura, según Portolés.

Pero debe destacarse asimismo el carácter familiar de la institución. El artículo 58 de la L. S. reserva la constitución del consorcio a los hermanos e hijos de hermanos. No cabe, pues, que integre el consorcio otra persona que carezca de los vínculos familiares establecidos en el precepto.

La ampliación de las facultades de disposición que el art. 59.1. de la L.S. ha operado sobre la anterior regulación del artículo 142 de la Compilación no solo no ha debilitado el carácter familiar de la institución, sino que lo ha reforzado. Ahora es posible, además de la disposición *mortis causa*, la disposición *inter vivos* sobre la cuota en el consorcio o en alguno de los bienes que lo integran, pero solo a favor de los descendientes (que con ello adquieren la condición de consortes), o de otro consorte (que necesariamente será hermano de los consortes iniciales, ascendiente o descendiente de ellos).

(8) José Lorente Sanz y Luis Martín-Ballesteros y Costea: «La norma en el ordenamiento jurídico aragonés». Anuario de Derecho Aragonés 1944, págs. 140 y 141.

Aunque el artículo 59.2 de la L.S., sanciona la embargabilidad de la cuota de un consorte en el consorcio o en alguno de los bienes que lo integran, impide que el extraño que adquiriera bienes del consorcio mediante el procedimiento de apremio pase a formar parte del consorcio.

En definitiva, desde un punto de vista subjetivo el consorcio exige unas determinadas relaciones personales entre los consortes, no pudiendo formar parte de él quienes carezcan de esas concretas relaciones familiares. Solo los hermanos e hijos de hermanos y sus respectivos descendientes podrán adquirir y mantener la condición de consortes.

IV.5. Elemento objetivo

En el ámbito objetivo no hay novedad alguna. Los bienes que se integran en el consorcio han de ser inmuebles en indivisión.

La institución consorcial persigue también mantener unido el patrimonio inmobiliario familiar. El tradicional derecho de acrecer, ahora sancionado en el art. 59.3 de la L.S. es su manifestación más genuina: «Si un causante muere sin descendencia, su parte acrece a los demás consortes». Aunque establecido desde el reconocimiento de derechos subjetivos, su efecto es el de mantener el patrimonio consorcial agrupado. A la muerte de un consorte, sin descendencia, se producirá una modificación de la cuota de los restantes consortes, pero el patrimonio consorcial no se ve afectado ni por el hecho del fallecimiento, ni por la distribución de la cuota del difunto.

La Ley 1/1999, de 24 de febrero de Sucesiones por Causa de Muerte, de las Cortes de Aragón afianza el mantenimiento unitario del patrimonio familiar dando acceso al consorcio a los descendientes de los consortes que adquirieran la cuota consorcial de éstos, ya sea mediante actos de disposición intervivos a mortis causa (art. 59.1). Se zanja así la interpretación doctrinal que negaba la posibilidad de suceder en la posición jurídica de consorte a los descendientes del consorte fallecido⁹ y mucho menos a los descendientes del consorte vivo. Pero sobre todo, con la incorporación sucesiva al consorcio de los descendientes de los consortes se perpetúa el consorcio, en tanto subsistan las restantes condiciones para su conformación.

IV.6. Caracter dispositivo de las normas que regulan el consorcio foral

El artículo 58 de la L.S. comienza su redacción reservando al causante del consorcio la facultad de abortar su nacimiento. Se refiere, claro está, a las sucesiones ordenadas mediante testamento o pacto sucesorio.

Pero, incluso en la sucesión legal (y en la voluntaria, cuando el disponente no haya excluido el consorcio) cada uno de los consortes, unilateralmente, puede separarse del consorcio, manifestando tal voluntad en escritura pública (art. 60.1 de la L.S.).

Parece que la necesidad de la plasmación de la voluntad de separación del consorte en escritura pública es un requisito *ad solemnitatem*, no *ad probationem*, o sea, esencial para la eficacia del mismo. Dicha exigencia formal *ad solemnitatem* hace que la preten-

(9) José Luis Merino Hernández: El Consorcio Foral Aragonés. Librería General págs. 55 y ss.

sión del consorte solo pueda producir sus efectos y estimarse válida si se ha plasmado en escritura pública.

También exige que la separación sea total, no permitiéndose la separación respecto a alguno de los bienes.

Todavía exige el artículo 60.2 otro requisito formal cual es el de la comunicación fehaciente de la separación a los demás consortes. Creo que este segundo requisito del artículo 60 no resulta sustancial a la separación del consorte. La propia redacción del precepto sugiere que la separación se ha producido ya al tiempo de la comunicación. Tampoco tendría sentido que el carácter dispositivo, largamente esperado, de la norma quedase condicionado a la acción de comunicación a todos y cada uno de los consortes. Piénsese que con la actual regulación del consorcio pueden ser muchos los consortes y algunos de ellos no fácilmente localizables. A mi entender, el alcance del requisito establecido en el artículo 60.2 es el de posibilitar que los restantes consortes adopten su propia decisión en relación a la continuidad del consorcio y evitar que la decisión del separado pueda generarles algún perjuicio. Porque el precepto sanciona la continuidad del consorcio entre los restantes consortes. La separación tampoco produce la división. Producida la separación de un consorte no existe modificación del valor de la cuota consorcial en los restantes consortes. Entiendo que lo único que sucede es que dejan de aplicarse los efectos del consorcio al consorte que manifiesta su voluntad de separarse, nada más. Su cuotaparte permanece indivisamente unida a los restantes bienes que continúan en el consorcio. Digamos que continúa la comunidad patrimonial sobre los mismos bienes preexistentes a la salida del consorte, que se regirá ahora por las normas de la comunidad ordinaria para el separado y los que continúan en el consorcio y por las normas específicas del consorcio para éstos.

De igual forma que la falta de notificación de la revocación o modificación unilateral del testamento mancomunado no afecta a su eficacia (art. 106.4 de la L.S.), entiendo que la falta de notificación de la voluntad del consorte de separarse totalmente del consorcio tampoco afecta a su validez o eficacia, sin perjuicio de las responsabilidades que de ello pudieran derivarse.

Por último, el artículo 61 de la L.S. sanciona legalmente el tan controvertido «pacto contra fuero». Por acuerdo de todos los consortes se disolverá el consorcio aun sin la división del inmueble o inmuebles, ya que ésta es contemplada sólo como la otra forma de disolución del consorcio. Pueden pues los consortes, por su propia voluntad, transformar el consorcio en una comunidad ordinaria, si ello les conviene más.

A mi entender, el carácter potestativo de las normas que rigen el consorcio ha sido definitivamente establecido.

V. FUNCIÓN JURÍDICO-SOCIAL DEL CONSORCIO FORAL

Alguien ha definido el consorcio foral como institución satélite a la de la Casa en Aragón, que no pretende sino mantener el patrimonio familiar unido para que no se disgregue. Evidentemente el consorcio foral es un instrumento jurídico, tal vez por el momento poco utilizado, pero sí creo que muy adecuado, incluso eficaz, para que el patrimonio inmobiliario familiar permanezca agrupado, como unidad de producción o destino. En los tiempos de las «Comunidades de Bienes» reinventadas por imperativo fiscal (Francisco Serrano nos deleitará luego con el tratamiento del Consorcio); en los tiempos de las agrupaciones empresariales, cuando la competencia exige crecer y agru-

parse, me parece que los profesionales del derecho venimos obligados a informar a los ciudadanos sobre las ventajas e inconvenientes de esta ancestral institución, en su nueva regulación, para que, al menos, concurra en la opción de constituir o mantener una otra.

Hoy son muchas las empresas, y no sólo las agrícolas, que pueden encontrar en el consorcio la forma de comunidad más adecuada a su destino. Mucho se habla de la crisis familiar; pues tampoco será malo incentivar el mantenimiento del patrimonio familiar unido. No quiero meterme en el terreno de Francisco Serrano pero no resisto destacar una importante consecuencia de la actual regulación del Consorcio. El artículo 59.3 establece taxativamente que, en el acrecimiento, la cuota consorcial del fallecido sin descendencia la reciben los demás consortes como procedente del ascendiente que originó el consorcio, lo que puede significar un considerable ahorro en el impuesto de sucesiones. Decía hace unos días a Honorio que pronto habrá que instituir jurídicamente una figura que día a día se consolida de hecho en la actual familia aragonesa: «La soltería en casa». Si de todos nuestros hijos solo uno tiene descendencia, mejor será, al menos fiscalmente hablando, que nuestros nietos reciban las cuotas que fueran de sus tíos, o incluso primos, directamente de sus abuelos.

Zaragoza, 9 de noviembre de 1999.

Intervención de D. Francisco SERRANO GIL DE ALBORNOZ. Coponente

ASPECTOS JURÍDICO TRIBUTARIOS DE LA COMUNIDAD HEREDITARIA

I. INTRODUCCIÓN

Una simple lectura de las Actas de los Encuentros del Foro ya celebrados permite constatar que el estudio de los aspectos jurídico-tributarios de las distintas instituciones forales aragonesas constituye una verdadera tradición, constituyendo, normalmente, el último apartado de estudio de las Ponencias.

Y es que, como han señalado —con práctica unanimidad— quienes, con voz más autorizada que la mía, ya se han ocupado de estas cuestiones, el estudio de los tributos que gravan la actividad económica y jurídica de las instituciones de Derecho Civil o Foral, es un aspecto que los operadores jurídicos no pueden desconocer, y ello por dos tipos de razones: en primer lugar, porque tiene una indudable trascendencia en el desarrollo y aplicación práctica de aquéllas, condicionando, en buena parte, su potenciación y mantenimiento o su desuso y aniquilamiento; y, en segundo lugar, porque no conviene olvidar las economías de opción, ya que si bien no se trata de eludir tributos, si que se trata de evitar lo que sea más gravoso para el contribuyente.

Por ello, y como ya hemos anunciado, vamos a dedicar este último apartado de la ponencia al examen de estos aspectos jurídico tributarios de la comunidad hereditaria; y ello en dos diferenciados apartados, el primero tendrá por objeto el examen de la comunidad hereditaria desde el punto de vista de la subjetividad tributaria; el segundo, el análisis del tratamiento fiscal que merecen algunos de los problemas prácticos planteados por Honorio Romero.

II. LA COMUNIDAD HEREDITARIA COMO SUJETO TRIBUTARIO

A) COMUNIDAD HEREDITARIA Y TRIBUTOS

Una nota característica de la comunidad hereditaria, de pacífica aceptación doctrinal, es que carece de personalidad jurídica.

Pues bien, desde la perspectiva fiscal ha sido objeto de gran discusión doctrinal y jurisprudencial la cuestión de la subjetividad tributaria de los entes carentes de personalidad conforme al Derecho Privado; esto es, se ha planteado el problema de si se puede reconocer capacidad jurídico tributaria a estos entes. Un sector de la doctrina (Giardina, Blumenstein) ha afirmado que los entes carentes de subjetividad conforme al Derecho Común no pueden estar dotados de capacidad jurídica y tampoco, pues, de capacidad tributaria.

Sin embargo, la mayor parte de los autores han admitido la posibilidad de que los entes colectivos sin personalidad sean sujetos tributarios, bien defendiendo la existencia de una «diferente capacidad jurídica en el Derecho Tributario», bien partiendo del concepto de «centro de imputación de efectos jurídicos» como base de un concepto de contenido más amplio, el de sujeto de Derecho (Sainz de Bujanda), o bien, finalmente, acudiendo a un concepto de subjetividad tributaria especial o «personalidad tributaria» (Sentencia del Tribunal Supremo de 12-2-91).

Nuestro ordenamiento jurídico positivo, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, establece en el art. 33 de la Ley General Tributaria que: «Tendrán la consideración de sujetos pasivos, en las Leyes Tributarias en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entes que, carentes de personalidad jurídica, constituyen una unidad económica o patrimonio separado susceptibles de imposición».

En el comentario de este precepto podemos hacer las siguientes consideraciones:

— En primer lugar, este precepto contiene una norma genérica, orientadora, necesitada de ulterior concreción, ya que, después de afirmar que los entes carentes de personalidad jurídica pueden ser sujetos pasivos, exige que sea la norma reguladora de cada tributo la que expresamente así lo establezca.

— En segundo lugar, que cualquiera que sea la teoría que se adopte acerca de la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria, no parece que pueda dudarse de su consideración como unidad económica o patrimonio separado (como brillantemente ha expuesto Honorio Romero) y, por tanto, encuadrable dentro de los entes del art. 33 de la L.G.T. Conclusión que podemos afirmar también con relación al consorcio foral.

Por tanto, partiendo de que la comunidad hereditaria puede ser, con carácter general, sujeto pasivo, deberemos analizar las leyes que, en nuestro ordenamiento jurídico, regulan los diferentes tributos para determinar en cuales de ellos aquélla tiene tal consideración.

A.1) Tributos locales

La Ley de Haciendas Locales, de 28 de diciembre de 1988, considera a los entes carentes de personalidad jurídica como sujetos pasivos de las tasas y contribuciones especiales, en la totalidad de los tributos obligatorios (Impuesto de Bienes Inmuebles, Impuesto de Actividades Económicas, Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica), y en el Impuesto de Construcciones, Instalaciones y Obras.

En el Impuesto sobre el Incremento de Valor de Terrenos de Naturaleza Urbana, el sujeto pasivo, en las transmisiones a título lucrativo, será no la comunidad hereditaria, sino cada uno de los coherederos a título individual.

A.2) Impuestos indirectos

La comunidad hereditaria no es sujeto pasivo ni en el Impuesto sobre las Primas de Seguros ni en los Impuestos Especiales.

Por lo que respecta al Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante, ITP), debemos destacar como única peculiaridad que el Texto Refundido de la Ley de 24 de septiembre de 1993 (en adelante, LITP) considera como operación societaria sujeta al impuesto, como excepción a la regla general, la constitución de una comunidad hereditaria cuando continúe en régimen de indivisión la explotación del negocio del causante por un plazo superior a tres años (art. 22.5 del Texto Refundido). En este caso, la liquidación se practicará desde luego, sin perjuicio del derecho a la devolución que proceda si la comunidad se disuelve antes de transcurrir el referido plazo, devolución que deberá solicitar la propia comunidad hereditaria siempre que se prevea que se va a disolver antes del precitado plazo.

Finalmente, con relación al Impuesto sobre el Valor Añadido, la Ley 37/92, de 28 de diciembre, atribuye, en su art. 84. Tres, la consideración de sujetos pasivos a los entes

carentes de personalidad jurídica siempre y cuando realicen operaciones sujetas al impuesto.

De entre estas operaciones considero interesante destacar, dada la trascendencia práctica que puede tener, la regulada en el art. 5. Uno, d) de la LIVA, que reputa empresario o profesional a quienes efectúen la urbanización de terrenos o la promoción, construcción o rehabilitación de edificaciones destinadas, en todos los casos, a su venta, adjudicación o cesión por cualquier título, aunque sea ocasionalmente.

De acuerdo con la interpretación que de este precepto ha hecho la Dirección General de Tributos en diversas resoluciones y con pacífico criterio, que, aunque referida a comunidades de propietarios, entendemos perfectamente aplicable a la comunidad hereditaria, tendrá ésta la consideración de sujeto pasivo en el IVA cuando sobre un solar perteneciente al caudal relicto indiviso, la propia comunidad efectúe la construcción de una edificación —según el concepto que de ésta da el art. 6 de la LIVA— para, posteriormente y previa disolución de la comunidad, adjudicar a los coherederos los correspondientes pisos en régimen de propiedad horizontal. En este caso, la comunidad hereditaria se constituye en promotor y, como verdadero empresario, las operaciones que realice en esa actividad (por ejemplo, las aportaciones dinerarias que los coherederos efectúen al caudal común o el pago de las facturas al contratista) estarán sujetas al IVA, debiéndose presentar las correspondientes autoliquidaciones trimestrales. Este régimen fiscal, favorable para los coherederos, puede resultar una conveniente opción para los mismos.

A.3) Impuestos directos

Careciendo la comunidad hereditaria de personalidad jurídica, no puede ser sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, por cuanto el art. 7 de la Ley 43/95, de 27 de diciembre, atribuye tal carácter exclusivamente a las personas jurídicas.

Por una razón tan obvia como la anterior, una comunidad hereditaria no puede ser sujeto pasivo del Impuesto sobre el Patrimonio de las Personas Físicas.

Por lo que respecta al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, la nueva Ley 40/98, de 9 de diciembre, configura este impuesto como un tributo de carácter personal, directo y subjetivo, que grava la capacidad económica del contribuyente, entendida ésta como su renta disponible, que será el resultado de disminuir la renta en la cuantía del mínimo personal y familiar. De acuerdo con esta configuración, la comunidad hereditaria no puede ser, no es, sujeto pasivo de este impuesto, ya que, como acabamos de señalar, el IRPF grava la capacidad económica y este es un concepto solamente predicable de las personas físicas.

Ahora bien, a la configuración legal de este impuesto no le es indiferente la situación jurídica de la comunidad hereditaria, por cuanto somete a tributación, a través del régimen de atribución de rentas, las que aquélla obtenga. ¿Cómo explicar, pues, desde el punto de vista de la subjetividad tributaria, el tratamiento que en este impuesto recibe la comunidad hereditaria?

La respuesta a esta cuestión ha de llevarnos a poner de manifiesto, como lo hace la mayor parte de la moderna doctrina, que, hoy en día, el concepto de sujeto pasivo ha devenido insuficiente para explicar la multiplicidad de relaciones que se entablan entre el particular y la Administración Tributaria, lo que ha dado lugar a intentos de elaboración de nuevas figuras que sean capaces de englobar esa multiplicidad de relaciones. Así un sector doctrinal (que cada día es más numeroso) ha elaborado el concepto de «obli-

gado tributario» que definen como «persona física o jurídica a quien la Ley impone el cumplimiento de las obligaciones materiales o formales derivadas de la relación jurídico tributaria». En el seno de este concepto incluyen otros de ámbito más reducido, como, por ejemplo, el de obligado al pago de la deuda tributaria.

Pues bien, aplicando estas categorías doctrinales a nuestro objeto de estudio, podemos afirmar que en el actual IRPF la comunidad hereditaria, desde el punto de vista de la subjetividad tributaria, puede ser calificada como obligada tributaria, en la medida en que la Ley le impone (a través del régimen de atribución de rentas) el cumplimiento de determinados deberes formales y materiales derivados de la obligación jurídico tributaria, de entre los que podemos destacar por su interés práctico, el que establece el art. 71 del Reglamento del IRPF, de 5 de febrero de 1999, en relación con el art. 69 del mismo texto reglamentario. De acuerdo con estos preceptos, si la comunidad hereditaria satisface o abona las rentas previstas en el art. 70 del Reglamento (derivadas del trabajo, del capital mobiliario, arrendamiento, etc) será la propia comunidad la que esté obligada a practicar retenciones e ingresarlas en el Tesoro, en concepto de pago a cuenta, debiendo obtener, por tanto, y para poder cumplir estas obligaciones, el correspondiente NIF.

Ahora bien, el pago fraccionado correspondiente a los rendimientos de actividades económicas que sean obtenidas, en su caso, por la comunidad, no se efectuará por la misma sino por los coherederos, «en proporción a su participación en el beneficio de la entidad» (art. 104 del RIRPF) esto es, atendiendo a la proporción en que hayan sido instituidos.

Para concluir este primer subapartado, señalar que, dado que el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones es un tributo subjetivo que atiende, como factor de determinación de la cuantía de la deuda tributaria, al grado de parentesco entre causante y causahabiente, es evidente que no podrá ser sujeto pasivo del mismo una comunidad hereditaria.

B) COMUNIDAD HEREDITARIA Y RESPONSABILIDAD TRIBUTARIA

Cuestión íntimamente ligada a la que acabamos de analizar, es la de la determinación de la responsabilidad de los coherederos por las deudas tributarias. Al respecto hemos de distinguir:

— Deudas tributarias del causante. El régimen de responsabilidad de los coherederos por las deudas tributarias del causante será el que, referido a las deudas hereditarias en general, nos ha expuesto Honorio Romero, y a lo allí dicho me remito.

Como única particularidad destacable ha de señalarse la de la determinación de los conceptos que integran la deuda tributaria que se transmite a los coherederos. De acuerdo con la mayor parte de la doctrina entendemos que se transmite: la cuota tributaria, los intereses de demora y los diversos recargos; no así, evidentemente, y por aplicación del principio de personalidad, las sanciones.

— Deudas contraídas por los coherederos una vez fallecido el causante. A su vez hay que distinguir:

En los tributos en los que se considere como sujetos pasivos a los coherederos y no a la comunidad hereditaria, será de aplicación lo dispuesto en el art. 34 de la LGT, que establece que «la concurrencia de dos o más titulares en el hecho imponible determinará que queden solidariamente obligados frente a la Hacienda Pública, salvo que la ley propia de cada tributo dispusiere lo contrario». Ejemplo típico de aplicación del art. 34

lo encontramos en el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.

En estos casos, al no ser sujeto pasivo la comunidad hereditaria, la Administración no podrá dirigirse directamente frente a la herencia indivisa, sino únicamente frente a cada uno de los coherederos, y sin perjuicio de que los bienes transmitidos sean objeto de afección.

— En los tributos en los que la comunidad hereditaria tiene la consideración de sujeto pasivo, conforme a lo que hemos analizado anteriormente, habrá de estarse a lo dispuesto en el art. 39 de la LGT que establece que: «los coparticipes o cotitulares de las entidades jurídicas o económicas a que se refiere el art. 33 responderán solidariamente, y en proporción a sus respectivas participaciones, de las obligaciones tributarias de dichas entidades».

Este precepto ha sido unánimemente criticado por la doctrina debido a su oscuridad, dado que no se entiende bien el concepto de responsabilidad solidaria que en el mismo se recoge. Así el maestro Sainz de Bujanda acertadamente afirmó que el art. 39 de la LGT incurre en el error de técnica impositiva al llamar responsables y no sujetos pasivos a las personas que integran el ente colectivo.

Hoy en día podemos afirmar, con el Profesor Ferreiro, que el art. 39 de la LGT debe ser interpretado en el sentido de que las personas que componen el ente colectivo son en todo caso los sujetos pasivos del tributo, si bien la Hacienda Pública puede dirigirse indistintamente a ellos de forma individual y aislada, es decir, como si tales personas no estuviesen insertas en el esquema asociativo, para exigir la deuda en proporción a sus respectivas aportaciones, o bien puede dirigirse a los coherederos de forma unificada para exigir la totalidad de la deuda tributaria. Este es, siguiendo la mejor doctrina, el significado de la expresión, totalmente desafortunada por otra parte, de «responsabilidad solidaria» que emplea el art. 39 de la LGT.

III. TRATAMIENTO FISCAL DE DIVERSOS SUPUESTOS

El segundo apartado de mi exposición, como he indicado al comienzo de la misma, tiene por objeto el análisis del tratamiento fiscal que merecen algunos de los problemas prácticos que han sido planteados por Honorio Romero.

1. Venta de un bien desde la comunidad hereditaria por parte de todos los coherederos.

Admitida civilmente esta posibilidad, desde el ámbito tributario las consecuencias de esta venta se pueden resumir de la siguiente forma:

Ante todo la venta constituye una transmisión patrimonial onerosa «inter vivos», sujeta al ITP en la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, siendo sujeto pasivo el adquirente. Comprador y vendedor quedarán expuestos al, sumamente criticado por la doctrina, art. 14.7 del Texto Refundido de la LITP, esto es, si el valor comprobado excede del consignado por las partes en el correspondiente documento en más de un 20 por ciento y dicho exceso es superior a 2.000.000 de pesetas, este exceso —y sin perjuicio de la tributación por el ITPO— tendrá para el transmitente (en nuestro caso, la comunidad hereditaria) y para el adquirente la repercusiones tributarias derivadas de las transmisiones a título lucrativo, esto es, para el transmitente el exceso será considerado como una ganancia patrimonial sujeta al IRPF.

Por lo que respecta a este último impuesto, la venta constituirá ganancia o pérdida patrimonial para el transmitente. Para determinar el valor de lo transmitido habrá de atenderse, como fecha inicial, al momento del fallecimiento del causante —que no al momento de la aceptación, como ha señalado la Dirección General de Tributos en resolución de 26-4-93— y siendo fecha final la de la compraventa.

Cuestión interesante es la de determinar quién debe soportar el incremento patrimonial derivado de la venta, si la comunidad hereditaria o los coherederos. En este punto pueden distinguirse dos supuestos:

Que los herederos vendan y el precio se lo repartan, sin ingresarlo a favor de la comunidad hereditaria. En este caso, y siguiendo en este punto el interesantísimo trabajo publicado por el Ilustre Notario Sr. Vara, entendemos que se produce una partición parcial y, por tanto, el incremento patrimonial derivado de la venta debe ser soportado por cada uno de los coherederos y no por la comunidad hereditaria.

Ahora bien, si el precio de la venta se ingresa en una cuenta corriente abierta a nombre de la comunidad hereditaria, el incremento patrimonial debe soportarlo ésta y se sujetará al régimen de tributación de atribución de rentas, conforme a lo anteriormente expuesto.

Por último, la venta dará lugar al devengo del Impuesto municipal sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, en el que, como hemos señalado, tiene la consideración de sujeto pasivo el coheredero y no la comunidad. En todo caso, debe tenerse en cuenta que si el tiempo de permanencia del bien en el patrimonio del sujeto pasivo es inferior a un año, no se generará deuda tributaria.

2. Venta de un bien concreto por uno solo de los coherederos antes de la partición

Conforme a lo expuesto por Honorio Romero al analizar este supuesto, hemos de distinguir dos posibilidades:

— Que la compraventa no se haya sujetado a condición suspensiva. En este caso hay que partir de lo dispuesto en los arts. 2 de la LITP y art. 2 de su Reglamento, que establecen que el impuesto se exigirá con arreglo a la naturaleza jurídica del acto o contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado, prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que puedan afectar a su validez y eficacia. En el mismo sentido se pronuncia el art. 28 de la LGT.

Como algún autor ha indicado, el principio de calificación fiscal con arreglo a la auténtica naturaleza jurídica del acto o contrato llamado a tributación, se ve erosionado por el principio de marginación de la validez y eficacia, sin que esto quiera decir que los defectos de invalidez o ineficacia sean irrelevantes para el derecho tributario, sino que lo que se produce es un desplazamiento de su tratamiento desde el plano de la calificación al de la devolución.

Conforme a ello, en nuestro caso, producida la venta de un bien de la herencia por un coheredero, el juego del principio de marginación de la invalidez o ineficacia dará lugar a entender producido el hecho imponible, girándose la correspondiente liquidación por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales, modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, al adquirente.

Y si ulteriormente, por resolución judicial firme, se llegara a declarar su nulidad, sería de aplicación el art. 57 de la LITP, esto es, el contribuyente tendrá derecho a la devolución de lo satisfecho. Ahora bien, este precepto introduce un mecanismo correc-

tor al principio de devolución, de tal forma que si durante el lapso temporal transcurrido entre la celebración del negocio y la firmeza de la declaración de nulidad, ha existido una apariencia jurídica que hubiere permitido al adquirente de la cosa utilizarla y aprovecharse de ella, generándole beneficio, entonces la cuantía a devolver por parte de la Administración se verá minorada en la parte correspondiente a ese efecto lucrativo producido.

— Por otro lado, si la venta del bien se ha sujetado a condición suspensiva, adoptándose la cautela propuesta por Honorio Romero en su exposición, entonces no se liquidará el impuesto hasta que la condición se cumpla, aplazándose la liquidación, lo que deberá hacerse constar en la inscripción de los bienes en el Registro Público correspondiente, tal y como ordena el art. 2.2 de la LITP.

3. Cesión de derechos hereditarios. Al respecto hay que señalar:

— En primer lugar, que al devenir el cesionario en cotitular de la comunidad, se convierte en una de las personas físicas que integran ese ente colectivo, por lo que, y como anteriormente hemos expuesto, quedará sujeto al régimen de la impropriadamente denominada responsabilidad solidaria del art. 39 de la LGT, por las deudas tributarias que se originen a partir de ese momento.

— Que la venta de los derechos hereditarios supone, por un lado, que el cedente es verdadero heredero, por lo que a él se le habrá debido girar la correspondiente liquidación por el Impuesto de Sucesiones; y, por otro, que el adquirente será sujeto pasivo en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas.

4. Retracto de coherederos

Es un verdadero retracto legal, por lo que, según el art. 45. I.B).2 de la LITP, la transmisión que se verifique en virtud del retracto estará sujeta pero exenta, siempre y cuando el adquirente contra el que se ejercite el retracto hubiese satisfecho ya el impuesto.

Los problemas que el retracto de coherederos plantea, en el ámbito fiscal, son, fundamentalmente, los derivados de la concurrencia de exenciones de carácter subjetivo en el retrayente o en el retraído. Y en este punto me voy a remitir a la brillante exposición que el Ilustre Decano del Colegio de Abogados de Teruel, Don Pedro Gómez, hizo los pasados encuentros al tratar el tema del retracto de abolorio, ya que comparto las conclusiones que allí se sentaron.

5. Tratamiento fiscal del Consorcio Foral

Finalmente, en cuanto al consorcio foral, el problema de mayor calado jurídico-tributario, y el que más se ha discutido en la doctrina, es el relativo al tratamiento que debe darse al supuesto, una vez constituido el consorcio, de fallecimiento de un consorte sin descendencia, antes de la división, ya que ello determina que su parte acrezca a los demás consortes (art 59.3 de la Ley Aragonesa de Sucesiones por Causa de Muerte, de 24 de febrero de 1999).

Entiendo, y sigo en este punto a mi compañero y maestro Jesús Solchaga, que frente a la tesis de que el acrecimiento en el consorcio no genera transmisión patrimonial alguna al tratarse de una mera expansión automática de la cuota propia de cada consorte, es más defendible considerar que se trata de un derecho de acrecer y que, por ello,

se produce una atribución patrimonial mortis causa desde el ascendiente que originó el consorcio a los consortes que acrecen, lo que produce el devengo y exigibilidad del Impuesto de Sucesiones.

Por lo demás señalar:

— Que resulta de aplicación lo que hemos expuesto «ut supra» respecto al tratamiento fiscal de la cesión de derechos hereditarios, a la cesión «inter vivos», por parte de un consorte de su cuota a favor de descendientes y consorte. Y si la venta se produce a favor de un extraño, cabrá reproducir lo afirmado respecto del principio de marginación de la invalidez e ineficacia.

— Finalmente que si afirmamos, conforme a la literalidad del art. 58 de la Ley Aragonesa de Sucesiones, que el consorcio no puede quedar constituido teniendo como objeto empresas, ni su constitución ni su disolución quedará sujeta al ITP, ex art 22 de la LITP.

Concluyo agradeciendo muy sinceramente al Foro y, en particular, al Excmo. Sr. Justicia de Aragón, su amable invitación a participar en estos Encuentros. Nada más, muchas gracias.

COLOQUIO

Moderador: D. Pedro GÓMEZ LÓPEZ
(Abogado y Decano del I. Colegio de Abogados de Teruel)

Pedro Gómez López

Bien, seguidamente, aunque andamos muy justos de tiempo se abre el coloquio, para ver si tras esta magnífica exposición alguno de ustedes tiene alguna cosa que comentar o discrepan de lo manifestado por los ponentes. Por favor pediría, a efectos de transcripción, cuando entreguemos el micro que se identifiquen...

José Antonio Ochoa. Magistrado de Teruel

Muy brevemente, aunque ahí son varias las cuestiones que se podrían plantear, me voy a limitar a la cuestión de la protección del tercero hipotecario que ha adquirido un bien común que en el registro figura a nombre solamente de uno de los cónyuges. Entonces ¿qué alcance puede tener en el inciso final del artículo 34 cuando viene a establecer que «se mantiene el derecho del adquirente aunque se anule o resuelva o se extinga el derecho del transmitente»? eso por una parte, y por otra parte, sería interesante saber el tiempo que lógicamente ese consorte, el cónyuge, ha mantenido la inscripción en el registro ya sea de inmatriculación o de inscripción segunda, tercera, cuarta, en esas condiciones, como titular privativo, como titular total de ese bien, a los efectos del artículo 35 ya que después lógicamente el tercer adquirente si han transcurrido diez años pues ha adquirido por usucapión (no se entiende) entonces me gustaría sobre este tema pues que me aclarase esa cuestión, estas dudas que puedo tener.

Honorio Romero

La verdad es que este tema es siempre el tema, yo no se que pasa. Recuerdo que esta misma cuestión, en una conferencia que di en el Consejo General del Poder Judicial, la primera pregunta de una magistrada de Bilbao... el Justicia estaba, estábamos también en Madrid. La verdad es que el tema del tercero hipotecario, de la protección, yo creo que... lo voy a explicar, a ver si lo consigo explicar mejor, o por lo menos mi tesis... es un tema muy discutido, es un tema muy discutido, yo me he pasado creo que años estudiando a Roca Sastre porque creo que es la persona que más derecho Civil hipotecario sabe a la vez en España y bueno el último inciso del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, no tengo la Ley Hipotecaria a mano, pero dice «será mantenida la adquisición aunque se anule o resuelva la de su transmitente» esto se refiere al subadquirente, es decir, al que adquiere siguiendo con el ejemplo que yo... a mí me gusta poner ejemplos porque así es más claro; que yo casado le vendo a Paco, diciendo que estoy soltero, si Paco luego vende a un tercero, aunque luego se resuelva o anule el derecho de Paco porque Paco ha adquirido en virtud de un contrato anulable, luego entraremos en esa parte, será mantenido, pero Paco es parte de un negocio viciado. Entonces como parte de un negocio viciado, entonces como parte de un negocio viciado nunca puede estar protegido por la fe pública del Registro porque como ya he dicho la fe pública del Registro entiendo que por la buena doctrina, en este caso con Jerónimo González, Roca Sastre, José M. García la fe pública del registro nunca se extiende ni de los datos de hecho, ni a capacidad, ni a estado civil. Entonces si el adquirente es parte de ese negocio, nunca puede ser tercero, el tercero será el que contrate con él. Si Paco, siguiendo con el ejemplo le transmite a Pepito Pérez, Pepito Pérez, aunque luego se resuelva el contrato de Paco, como consecuencia de haber sido anulable o nulo de pleno derecho según en el caso que estemos,

siempre estará protegido. Esto es el ámbito... yo siempre he dicho que para entender, por lo menos en mi caso, para entender el ámbito de aplicación de los efectos de la fe pública del Registro debemos estudiar previamente el ámbito de la fe pública registral y la fe pública registral nunca se extiende a los datos de hecho, capacidad o estado civil.

Otra cosa es, que lo planteas muy bien, es el plazo y el plazo dependerá de ante qué tipo de negocio estemos. Si es un negocio como el que he planteado, la venta de un bien consorcial por uno solo de los cónyuges, el negocio no es nulo de pleno derecho, el negocio es anulable, artículo 1.301 Código Civil, y el plazo de la acción de anulabilidad será de 4 años a partir de cuando sea.

Entonces no de los problemas que se plantea ahí es el acceso al registro de la propiedad de los negocios anulables, yo recuerdo que el profesor Lacruz, decía que podían acceder en el Registro de la Propiedad, en contra, el profesor Delgado dice que no, yo estoy de acuerdo con el profesor Delgado, y o entiendo que un negocio anulable nunca puede acceder el Registro de la Propiedad salvo que sea por vía judicial una vez que esté confirmado, una vez que se haya acreditado que ha prescrito la acción de anulabilidad, entonces sí.

Si a pesar de eso, ese negocio celebrado por el marido, sin consentimiento de la mujer, accede al Registro de la Propiedad porque manifestó cuando la adquisición que estaba soltero, si a pesar de eso accede al Registro de la Propiedad y luego transcurre el plazo para la impugnación por parte de la mujer, pues entonces ese negocio habrá devenido plenamente válido, plenamente eficaz, porque por la transformación del no ejercicio de la acción de anulabilidad, y entonces ya estará protegido; pero estará protegido por la fe pública del Registro, estará protegido porque ha pasado el plazo para la impugnación de ese negocio por parte del que intervenía.

No se si te he contestado...

José Antonio Ochoa

Sí, si perfectamente, únicamente en cuanto a la calificación como dato de hecho, el que una persona comparezca en la notaría y diga que es propietario de un bien sin serlo totalmente, eso puede ser interpretado más bien que como dato de hecho, como una cualidad jurídica.

Honorio Romero

No, no, perdón, el dato de hecho, cuando hablo del ámbito de la fe pública del Registro, la capacidad se refiere lógicamente a la capacidad de mayor o menor de edad, capacitado o incapacitado, emancipado o los casos en que estemos; cuando me refiero a estado civil, pues soltero o casado, con toda la problemática que podemos analizar y aquí tenemos a Adolfo Calatayud que es un experto en todo el tema de los conflictos inter regionales, que uno se presenta en la notaría que diga que está casado en régimen legal catalán de separación de bienes, cuando en realidad está casado en régimen de consorciales y que también se aplica el mismo problema, y los datos de hecho, el Registro de la Propiedad, hasta ahora, ahora con la coordinación con el catastro, si dices en la escritura que mide 1.000 metros la finca, y luego resulta que mide 2.000 ó 500, el registro no la puede estirar, está ahí, la finca... a eso me refiero yo con datos de hecho ¿no?

José Antonio Ochoa

Entonces esta manifestación de si es o no es propietario único de ese bien, no se puede considerar como dato de hecho.

Honorio Romero

No, no por supuesto que no, me estoy refiriendo a capacidad o estado civil.

Ángel Dolado Pérez. Juez 1.ª Instancia N.º 2 de Zaragoza

Mi pregunta es para Carlos Carnicer y es en relación al elemento objetivo del consorcio foral y a una crítica realizada por una especialista como es Carmen Sánchez a la que usted ha hecho mención, en relación a si no hemos perdido realmente con la nueva legislación un elemento esencial para vitalizar esta institución al no haber incluido, en el elemento objetivo la expresión del establecimiento mercantil; es decir si seguimos anclados en una sociedad de carácter meramente agrícola y si no es extensible en el concepto de bien inmueble el establecimiento mercantil, porque como ha dicho el especialista en derecho tributario, no es objeto de imposición los establecimientos mercantiles, entonces la problemática es dejar zanjado el tema de si en el concepto bienes inmuebles se entiende incluido igualmente los establecimientos mercantiles o si definitivamente se ha zanjado el tema no incluyéndolo como elemento objetivo.

Carlos Carnicer

Bien, bueno, M^a del Carmen Sánchez Frieria, no sólo en su ponencia en los VII encuentros de este Foro de Derecho Aragonés, sino también en su magnífica obra que creo se titulaba concretamente «el consorcio foral», editada por el Justicia de Aragón en 1994, hacía una llamada a la inclusión, como elemento objetivo del consorcio, del establecimiento mercantil.

Yo no sé, no sé muy bien la intención del legislador y no sé si la saben y podrán añadir algún dato algunos de los redactores del borrador de anteproyecto de la norma aquí presentes. No sé porqué no se ha incluido aunque, advino que la inclusión expresa de este elemento objetivo específico, conllevaba una serie de problemas jurídicos importantes, complejos.

Lo cierto es que en la nueva regulación del consorcio no se hace referencia expresa y específica a «los establecimientos mercantiles» aún cuando tampoco lo excluye. Tal vez debiera haberse incluido dicha referencia expresa y ello hubiera servido para consolidar la institución consorcial. No para consolidar, porque por desgracia, como he dicho, hay que instaurar el consorcio más que consolidarlo, porque hasta hoy no tiene mucha aplicación.

Coincido con el interviniente en que se ha perdido una magnífica oportunidad, pero no obstante yo creo que aquí también tiene que entrar la generosa intervención interpretativa de todos los profesionales del derecho, y hablo de todos los profesionales liberales y los funcionarios, porque yo creo que estamos para facilitar las cosas, no para poner problemas, y a mi me parece que, por ejemplo, un establecimiento mercantil que se desarrolle e incluya una unidad inmobiliaria, como puede ser un hotel, pues ningún inconveniente haya en que esa explotación que es mercantil y que comprende y se integra en un inmueble, funcione en régimen de consorcio.

Cuando la Ley de Sucesiones, y también el anterior texto de la Compilación, hablan de bienes inmuebles, en principio deben referirse sólo a los bienes inmuebles. Creo recordar no se si es el 39 de la Compilación, en relación con el 334 del Código Civil no sé... perdonadme si no acierto en el número de los artículos, los abogados no somos muy buenos con los números de los artículos; bien, el artículo 39 incluye la presunción de muebles por sitios a las explotaciones mercantiles sólo «a los efectos del artículo anterior»; pero hoy, insisto, con un concepto actualizado deben asimilarse a los inmuebles todos los activos que se integran con ellos en una unidad de destino empresarial, aun-

que sea con matices. Vuelvo a felicitar a los redactores del proyecto porque nos han dado una gran lección de prudencia, pero también de conocimiento y adecuación a la realidad social, no sólo han actualizado la norma con arreglo a lo que se pedía sino que han ido más allá; de lo propuesto por M^a del Carmen Sánchez Frieria, lo único que no han acogido es la mención expresa a la explotación comercial, pero en lo restante, han ido un poco más allá.

Esta lección que nos han dado al actualizar la norma al momento social en que estamos viviendo, debemos recogerla ahora los profesionales, precisamente para intentar dar solución a través de la institución consorcial, a los problemas que tengan nuestros respectivos clientes o ciudadanos, expandiendo o interpretando abiertamente a favor, pro consorcio, las normas que lo regulan y los patrimonios que puedan constituir el elemento objetivo de su interpretación. Yo creo que determinados establecimientos mercantiles cuyo elemento patrimonial está integrado por elementos inmuebles o de los del 334 del Código Civil, aún cuando el principal activo sean las máquinas de todo tipo, incluso los ordenadores, pueden perfectamente seguir explotándose y pueden pervivir bajo el régimen jurídico del consorcio foral aragonés. Es mi opinión.

Rafael Bernabé. Notario

Quería plantear dos cuestiones, agruparlas por razón de tiempo. La primera es a Carlos Carnicer y la segunda a Honorio Romero.

En cuanto a Carlos Carnicer es sobre el consorcio foral, que es una institución, creo que muy querida por muchos de nosotros que hemos tenido de profesor a Don Luis Martín Ballesteros que fue promotor y defensor durante muchos años de esta figura. A mi me parece que la dificultad de esta institución es su aplicación práctica y su explicación cotidiana, porque la verdad es que la práctica diaria es muy difícil instruir a las personas, cuando hacen un testamento, de los efectos que se producen con desconocimiento total por parte de ellos, en la mayoría de los casos, de que se va a producir muchas veces, un consorcio foral. Y me parece bastante desafortunado que en vez de quedar como una institución de tipo voluntario u opcional, se establezca salvo que lo excluya el causante o testador si sale de sus efectos. Además me parece que en la forma que se dice, la posibilidad de salir uno de los consortes del consorcio foral por manifestación en escritura, planteará unos problemas enormes porque la dificultad de notificación a otros consortes se producirán situaciones de incerteza que desde luego van a ser complejas. Y para terminar en cuanto a esto creo que después de la regulación que hace, no se, creo que es el artículo cincuenta y tantos de la Ley Sucesoria Aragonesa, sobre la posibilidad de pactar la indivisión por parte del causante, da cauces suficientes para buscar el efecto deseado que en definitiva es evitar la desintegración de los bienes familiares que en definitiva es la idea de la institución de la casa, que tiene tanto arraigo en Aragón. Eso en cuanto al consorcio foral, quiero resumirlo diciendo quizás que va a resultar una institución, como siempre que la vamos a tener que excluir y que a veces la excluimos e incluso la excluimos mal porque muchas veces se excluye en una herencia a los efectos del consorcio foral sin que en los poderes, el apoderado tenga facultad para hacer esa exclusión y más de una vez ha ocurrido.

Y luego después, en cuanto a Honorio, le quería preguntar otra cuestión y es la partición hecha por el disponente. Esto creo que es el artículo 53, la partición por el disponente.

Moderador

Rafael la partición está fuera del tema.

Rafael Bernabé

Ah, bueno, como se ha hablado de muchas cosas y estamos dentro de la comunidad hereditaria pues entendí que la partición...

VOZ (no puedo distinguir de quién)

Si quieres hablamos pero...

Rafael Bernabé

No, no, si está fuera de lugar pues no, vamos pero ya que estamos en un foro de Derecho Aragonés se podría hablar porque creo que es una cuestión práctica de interés. Entonces la partición por el disponente, se establece que el disponente puede hacer la partición o su fiduciario, pueden hacer la partición por acto «mortis causa» o en ejecución de fiducia. Pero, luego después, en el párrafo segundo dice «también», es sorprendente porque hay una contradicción en los términos, dice que también la pueden hacer por acto «inter vivos» sin sujeción a ninguna forma, a forma alguna, salvo el supuesto de sucesión legal, o sea el supuesto de sucesión intestada. A mí me sorprende que diga ese párrafo esta manifestación que querrá decir, que cualquier persona, causante o fiduciario, podría hacer una partición en un documento privado sin ningún control y me pregunto qué tipo de cautelas habría que adoptar para esa partición hecha en documento privado sin ningún control para que tenga acceso al Registro con todos los efectos de una partición hecha por el disponente y además se contradice el artículo 141 que dice que la fiducia sucesoria la ejecutará el fiduciario en escritura pública, cosa que me parece francamente estos dos artículos contradictorios. Nada más, gracias.

Carlos Carnicer

Bien empiezo, disparo yo. A ver si contesto ordenadamente, y si no me lo dices, a todo lo que has apuntado. Evidentemente, la aplicación práctica del consorcio foral yo no digo que va a ser un camino de rosas; primero porque no tenemos la formación suficiente para, insisto, instaurarla, porque lo que hemos hecho hasta ahora y como tú muy bien decías, en algunos casos, incluso con algunos defectos de forma considerables, es evitarla, pero yo creo que el haber regulado la institución como derecho dispositivo y no derecho necesario ha sido un acierto. Discrepo por tanto con lo que decías, porque la institución desaparece y la institución es extraordinariamente criticada históricamente por la sospecha de que las normas que la regulaban eran de carácter necesario. Y digo la sospecha porque la discusión doctrinal era eterna, pero fíjate bien que todas las críticas que se hacían a la institución, antes de su supresión, hablaban de eso, de norma odiosa porque constreñían las facultades, la libertad de disposición de los bienes propios, etc.

M^a del Carmen Sánchez Frieria, hacía referencia a dos causas sustanciales de su desaparición; el concepto liberal de la propiedad en el momento en que se producía esta discusión y luego, decía ella también, que la demasiada condescendencia de los representantes aragoneses en las negociaciones con el Gobierno Central a la hora de unificar el derecho civil. Pero resaltaba sobre todo la primera, es decir, que efectivamente había un rechazo a la institución por su carácter necesario. Hombre, a partir del año 67 ya no se puede decir que se tenga un concepto de la propiedad tan liberal y ha entrado, yo creo, en escena el concepto social de la propiedad; pero sin embargo la institución continúa siendo criticada por su carácter restrictivo, por su presunto carácter de derecho necesario. Y yo creo sinceramente, que en la época de las libertades, el que haya posibilidad de hacer o no hacer no es una connotación negativa, sino positiva, sobre todo en las normas de nuestro derecho que están regidas, yo pienso que todas, bajo el principio «Stamdam est chartae». Cuanto más se puede hacer, cuanto mejor se puede hacer, cuan-

to mayor sea la libertad civil yo creo que más ricas y más practicadas serán nuestras instituciones. Hablabas, y yo hacía referencia también, de la dificultad de notificación. Coincido plenamente contigo, pero creo que el requisito que establece el artículo 60.2 no es un requisito de validez y, me apuntaba el Justicia, menos mal que tengo un buen valor, que tampoco la notificación de la revocación del testamento mancomunado es requisito de validez, es decir que la falta de notificación por sí sola en ninguno de los dos casos anula el acto notificable.

He dicho en mi exposición que para mí éste era un precepto que puede dar mucho juego tanto en el campo doctrinal como en el práctico, porque dice una cosa muy importante al final de la disposición y es que los demás consortes tras la declaración de voluntad del separado, continúan en consorcio, con lo cual al hilo de lo que me comentaba también Honorio, se conforma ahí una compleja comunidad, yo diría que una peculiar comunidad por cuanto está integrada por una comunidad ordinaria entre el consorte que acaba de excluirse del consorcio, que ya no es consorte, más propiamente por sus propiedades, y las que integran el consorcio, en indivisión y por tanto coexisten la comunidad consorcial y la ordinaria en la que aquélla se integra.

La notificación lo único que debe perseguir es salvaguardar los intereses de los que permanezcan en el consorcio y yo diría más aún, advertir a los consortes que a partir de ese momento uno se separa por si consideran o tienen a bien, ellos también, cesar en el consorcio.

Decías que hay otros institutos en la Ley para conseguir que ese patrimonio siga unido. Pues sí claro, tampoco me sé el precepto, pero efectivamente se establece en la Ley de Sucesiones de Aragón que el causante puede imponer la indivisión por período de quince años, creo recordar, y además los herederos pueden acordar la prórroga de la indivisión por otros quince años más ¿y esto conseguiría que se mantuviese el patrimonio familiar indiviso y unido? Pues sí, pero el consorcio, a mi entender, añade a la indivisión del patrimonio ventajas considerabilísimas. Es ésta una comunidad específica, peculiar, especial de nuestro derecho, que tiene unas connotaciones especiales en el orden sucesorio, y que hoy puede comportar importantes beneficios fiscales, por ejemplo, cuando fallezca un consorte sin descendencia, su parte va a acrecer a los demás y van a pagar el impuesto por la sucesión del causante del consorcio considerablemente más reducido a aquel que paguen los comuneros de la comunidad ordinaria que heredarán por su relación de parentesco con el comunero fallecido sin descendencia, suponiendo que no tenga esposa y que herede, que es otra de las peculiaridades de la comunidad consorcial, que la esposa no entra en el consorcio.

No sé si he contestado a todas las cuestiones que planteabas.

Honorio Romero

Rafael, yo siento la pregunta, porque la verdad es que el artículo 53 plantea una cantidad de problemas tremendos, pero es que salen del tema de esta ponencia, si quieres entramos, pero es que a diseccionar la forma de partición hecha por el causante (cambia de cinta) sobre el consorcio porque a mí siempre me han tachado de que era enemigo del consorcio foral, simplemente que interpretaba el anterior artículo 142 de una forma que es la que lo dice la (no se entiende) pro indiviso de un ascendiente. Pero bueno, ahora relacionando la naturaleza jurídica que veíamos antes del derecho romano, del derecho germánico, del derecho español, de la comunidad hereditaria romana, y de la comunidad hereditaria germánica, en la comunidad hereditaria romana hay cuotas concretas sobre bienes concretos y posibilidad de disponer cuotas concretas sobre bienes concretos en la comunidad germánica no hay cuotas sobre bienes concretos y solamente pueden disponer de esos bienes concretos todos los titulares que (no se entiende).

Sin embargo, el consorcio foral nos introduce un «tertium genus» de naturaleza jurídica que hay una comunidad clarísimamente romana, pero con una delimitación de los sujetos titulares de esa comunidad romana ¿quién son los sujetos titulares? Los consortes. En ese caso, sí que hay titularidad concreta sobre cada uno de los bienes concretos del consorcio, pero limitadas las facultades dispositivas a los otros consortes o a los descendientes del consorte disponente. Es decir que, es curioso, yo de verdad que el consorcio lo había leído, antes lo tenía estudiado, ahora tenía leída la Ley de Sucesiones de Aragón, pero como siempre hasta que no te paras a estudiar la institución pues no le sacas la verdadera chispa y al leer el trabajo que ha hecho Carlos Carnicer pues realmente te das cuenta que introduce unas variantes tremendas y que tendremos que tener muchísimo cuidado, porque ahora ya no podremos defender que la adquisición tiene que ser proindiviso y que el proindiviso implica una comunidad romana y que no se puede constituir salvo que sea por voluntad expresa del disponente. Entonces aquí ya es en todo caso de delación hereditaria, como decía muy bien Carlos, ya sea «ab intestato» ya sea testamentaria, ya sea por contrato sucesorio y entonces tendremos que tener mucho cuidado en las herencias por las limitaciones que establece.

En cuanto a la partición ya te digo, podemos entrar, pero ahí nos llevaría... porque no tenerlo esquematizado, no tenerlo estudiado plantea muchísimos problemas, ese artículo plantea problemas por todos los sitios, en cuanto a la libertad de forma que establece ahí, para salvo que sea sustitución legal, yo no acierto ahora a ver todo el alcance de este artículo.

Carlos Carnicer

Hay otra pregunta por ahí...

Honorio Romero

Igual Adolfo que es el autor del artículo te contesta.

Adolfo Calatayud

Sobre el artículo 53 no voy a hablar porque nos llevaría muy lejos. Únicamente decir que el principio de libertad de forma es el que rige en el derecho español; la compraventa en documento privado, incluso verbal, es perfectamente válida; otra cosa es que no sea título inscribible en el Registro. La partición puede hacerse en documento privado, y verbalmente, lo que pasa es que no será título inscribible en el Registro; son cosas distintas.

Pero yo quería hablar un poco del consorcio, brevemente. Felicitar a Carlos Carnicer porque me ha parecido magnífica su exposición y coincido plenamente con ella. La verdad es que cuando la Comisión Aragonesa de Derecho Civil afrontó la regulación del Consorcio Foral tenía una labor complicada. La opinión contraria al consorcio foral seguía y sigue estando muy extendida entre los juristas aragoneses, yo creo que de forma equivocada. Esa diversidad de opiniones estaba presente en la Comisión Aragonesa de Derecho Civil; por ello, discutió mucho sobre si mantener la figura y de qué manera y al final salió lo que salió: se consiguió mantener la figura, convirtiéndola en dispositiva.

¿Por qué no se extendió a los establecimientos mercantiles? Bueno, bastante hacíamos con mantenerla, había mucha oposición a su mantenimiento, no podíamos ampliarla. Ahora bien, lo que sí que creo perfectamente defendible es que el causante establezca el régimen del consorcio para bienes distintos de los inmuebles. El derecho aragonés es perfectamente dispositivo, en su inmensa mayoría, y yo no veo ninguna dificultad.

En cuanto a la pregunta de Rafael Bernabé de por qué no se ha partido del principio contrario, o sea, consorcio sólo cuando el causante lo diga, bueno eso es el tema estrella. Para analizar la conveniencia del mantenimiento de la figura, hay que tener en cuenta que, cuando interviene un consorcio, nos aparecen tres tipos de sujetos diferentes: uno es el causante, otro son los descendientes que van a pasar a ser consortes; y en tercer lugar aparecen los herederos de los descendientes, o sea los herederos de los consortes. Los herederos de los consortes son los que, una vez fallecido uno de los consortes sin descendientes, aparecen en la notaría o en el despacho del abogado y cuando se les explica que existe el consorcio protestan; ellos estaban convencidos de que iban a heredar y cuando se les explica que no heredan, que se produce el acrecimiento, protestan. De esta desengaño creo que en buena medida nace la mala fama del consorcio. El causante normalmente nada ha dicho; los consortes, tampoco; el que dice, normalmente protestando, es el heredero del consorte. Pero yo creo que a la opinión de éste es a la que menos valor tenemos que darle. Si le preguntáramos a la inmensa mayoría de los causantes: «vamos a ver, usted deja esto en indivisión a sus hijos ¿qué le gustaría que pasara si alguno de sus hijos falleciera sin descendientes y los bienes todavía estuvieran indivisos?»; estoy convencido de que la mayor parte de los causantes, los padres, dirían «que se produzca el acrecimiento». Luego no es cierto, en mi opinión, que el consorcio sea una norma que vaya en contra de la voluntad de las personas; la inmensa mayoría de los causantes estaría de acuerdo con que el régimen del consorcio se aplicara a su sucesión si es que se les preguntara.

La principal novedad que ha añadido la Ley de Sucesiones es que ha dado margen a la intervención de la voluntad de los consortes, de modo que éstos pueden separarse del consorcio manifestando su voluntad en ese sentido. Se ha considerado que la voluntad de los consortes era atendible. Ahora bien, la que no consideramos atendible es la del tercer sujeto que interviene, que es el heredero del consorte, una vez fallecido éste, que aspira a heredar los bienes del consorcio. O sea, se ha dejado primero al causante que decida si quiere o no consorcio, partiendo de que, si no dice nada, lo quiere, y yo estoy convencido de que así es en la inmensa mayoría de los casos; en segundo lugar, se ha dejado a los consortes que decidan si quieren separarse del consorcio; pero si nada han dicho, el heredero del consorte debe pasar por la normativa sobre el consorcio.

Ésta es un poco la explicación de la regulación, por qué la hemos mantenido y por qué de esta manera.

Yo, por último quería hacer una pregunta a Francisco Serrano y aprovecho la ocasión. Se refiere al tema de la separación, que todavía es una figura nueva y más concretamente a su posible relación con el antipático Impuesto de Actos Jurídicos Documentados. Yo creo que la separación del consorte no está sujeta a este impuesto a pesar de que sin duda creo que es inscribible en el Registro de la Propiedad. Sin embargo creo muy discutible que se pueda entender que el objeto directo de esa separación constituye materia valuable, en cualquier caso me gustaría saber su opinión.

Francisco Serrano

Coincido plenamente. El derecho de separación me planteaba dos dudas que no he querido mencionar por si se comentaban en el coloquio.

La primera era precisamente ésta, si estaba sujeta o no al impuesto de actos jurídicos documentados. Comparto lo que muy bien has expuesto, es sumamente dudoso que pueda quedar sujeto al impuesto en cuanto pueda ser cosa u objeto valuable y por tanto me inclinaría por mantener la teoría de que el derecho de separación no está sujeto. Y después a mí también se me ha planteado la duda, al leer y oír a Carlos Carnicer y, en

plan gallego de contestar con una pregunta, planteo la siguiente cuestión: Si el derecho de separación, en la medida en que se constituya una comunidad ordinaria entre el consorte separado y los consortes que permanecen en la comunidad, podría dar lugar a que se exigiera el impuesto sobre transmisiones patrimoniales en cuanto se constituye «inter vivos» una comunidad ordinaria o una comunidad de bienes. Si esa «comunidad constituida» es una comunidad hereditaria su constitución no estaría sujeta al impuesto, si es una comunidad ordinaria podría estarlo; yo creo que puede, en este caso, entenderse que se ha producido una constitución «inter vivos» de una comunidad de bienes, ¿entre quien? Entre el consorte separado y los consortes que permanecen en el consorcio.

Adolfo Calatayud

Vamos a ver. Podríamos hablar mucho sobre la naturaleza jurídica del consorcio, pero dadas las horas que son no creo que podamos. Pero no creo que la equiparación consorcio-comunidad especial sea válida. En mi opinión, el consorcio es aplicable cualquiera que sea el tipo de comunidad en que se encuentren los bienes y actúa como una cualidad especial que se superpone sobre esa comunidad; puede actuar sobre una comunidad hereditaria pura, si se ha producido la aceptación pero no ha habido partición, o sobre una comunidad ordinaria, si como es más habitual se ha producido la aceptación y se ha hecho la partición, pero con adjudicación pro indiviso de los bienes. En el primer caso, podríamos discutir su carácter germánico, pero no creo que el consorcio transforme la naturaleza de la comunidad, lo que hace es dotar a la comunidad, cualquiera que sea su naturaleza, de unos rasgos especiales que influyen sobre su régimen jurídico. En consecuencia, no creo que por esa separación se produzca una transformación de la naturaleza de la comunidad; sólo que en cuanto al consorte que se separa, las normas específicas del consorcio dejarán de aplicarse.

Francisco Serrano

Lo que pasa es que a efectos fiscales va a tener mucha trascendencia la determinación de su naturaleza jurídica, porque si hablamos de que es una comunidad hereditaria, su constitución estaría exenta, me refiero siempre a la comunidad constituida entre el consorte separado y los demás, credo que, en este caso, no podemos hablar de que sea eso una comunidad hereditaria, ¿no? Podremos mantener la teoría de que sigue siendo la misma pero si nos inclinamos por considerar que es como una comunidad de bienes, entonces entiendo que sí que podría dar lugar a que se girara el correspondiente impuesto.

Adolfo Calatayud

Vamos a ver. Aunque aquí llevamos ya mucho rato hablando de las comunidades hereditarias, lo cierto es que comunidades hereditarias propiamente dichas existen muy pocas, porque en la práctica lo que se hace, en la inmensa mayoría de los casos, es que en el mismo momento que se acepta la herencia se convierte esa comunidad hereditaria sobre el universo que constituye la herencia en una comunidad ordinaria sobre todos y cada uno de los bienes que la integran. Esto es lo que se hace en la inmensa mayoría de las escrituras. ¿Por qué? Por diversas razones, entre otras porque el derecho hereditario abstracto, que tienen los herederos en la comunidad hereditaria típica, no es susceptible de inscribirse en el Registro de la Propiedad sino que son objeto sólo de anotación, y normalmente los herederos quieren que sus derechos se inscriban en el Registro de la Propiedad, con lo cual, insisto, hay que convertir esa comunidad hereditaria pura, en una comunidad ordinaria sobre todos y cada uno de los bienes.

Bien, en esta situación tenemos que un bien pertenece a tres descendientes que se lo han adjudicado pro indiviso y que por tanto existe un consorcio. Uno de ellos decide

separarse del consorcio. ¿Qué sucede en esa comunidad? Yo creo que nada, sigue siendo una comunidad ordinaria, lo que pasa es que los efectos propios del consorcio se aplicarán a los dos consortes que no se han separado, pero no se ha producido ninguna transformación de la naturaleza jurídica de la comunidad; sigue siendo una comunidad pro indiviso ordinaria, pero insisto, con unos rasgos especiales en cuanto a los comuneros que siguen formando parte del consorcio.

Honorio Romero

La verdad es que es un tema muy complicado, es un tema muy complicado porque has transformado ya, Adolfo, la Comunidad Germánica en Comunidad Romana, pero también te puedes encontrar con que no haya habido esa transformación, que también puede haber casos en todos las herencias, y no muy infrecuentes donde hay enfrentamiento y no hay acuerdo de partición, ahí tienes comunidad germánica siempre. Hasta que llega la partición pro si hay acuerdo, nosotros que vivimos la herencia en un momento distinto en las notarias, porque vienen de acuerdo, pero en los despachos de abogados pues conocen infinidad de supuestos donde hay enfrentamiento entre los herederos, la aceptación es tácita.

Adolfo Calatayud

Será lo mismo. Seguirá siendo comunidad germánica y además se aplicarán las normas del consorcio, que, sin embargo, no se aplicarán a los comuneros que se hayan separado. Pero, insisto, la comunidad existente entre los herederos sigue siendo la misma, no se altera la esencia de la comunidad por el hecho de que uno de ellos se separe del consorcio. Lo que sucede es que determinadas normas, las del consorcio, ya no se aplican a esos comuneros.

Honorio Romero

Yo el consorcio no lo he estudiado a fondo, pero de las conclusiones que he sacado casi en el viaje, viniendo de Zaragoza, son las siguientes: es decir que si hay un bien concreto de esa herencia, de esa comunidad y hay un consorcio foral, hay un consorcio de todos los coherederos, cada uno de ellos puede disponer de una cuota concreta, de un bien concreto, a favor de los otros coherederos. Si un consorte se separa ya no tiene la posibilidad de disponer de bienes concretos, ni aún a favor de los otros coherederos, es decir que esa comunidad es distinta, el régimen es distinto porque mientras exista consorcio cabe la posibilidad, ¿es así o no? ¿estoy acertado?

Adolfo Calatayud

Yo creo que no.

Honorio Romero

¿No? vamos a ver.

Adolfo Calatayud

Como ya he dicho, en mi opinión, la regulación del consorcio hay que examinarla como una normativa que se superpone a la de la Comunidad. Si no ha habido partición, son muy pocos los casos insisto, pero si no ha habido partición de ninguna clase, estamos ante una comunidad hereditaria, de tipo germánico, y yo creo que en ese caso ningún consorte podrá disponer de su cuota sobre bienes concretos porque aunque el artículo 59 nos dice de los actos de disposición...

Honorio Romero

En la comunidad germánica, de acuerdo, ¿en el consorcio te estás refiriendo?

Adolfo Calatayud

Vamos a ver. El artículo 59, que es el que estabas mencionando, dice que sólo son válidos los actos de disposición realizados por un consorte sobre su cuota en el consorcio o en alguno de los bienes que lo integran a favor de otro de sus descendientes o de otro consorte. Esta norma hay que entenderla en función de la naturaleza de la comunidad sobre la que se está aplicando el consorcio, o sea, si es una comunidad germánica no cabrá más disposición que la de la cuota completa que se tenga en la comunidad.

Honorio Romero

Lo que estoy diciendo.

Adolfo Calatayud

En ese caso no será posible que un consorte disponga de derecho concreto sobre bienes concretos de determinados bienes ni a favor de otro.

Honorio Romero

Si estamos en consorcio sí, es lo que esta diciendo. En consorcio foral, si hay consorcio esta diciendo, espera que aquí veo muy mal, «los realizados por un consorte sobre su cuota en el consorcio o en alguno de los bienes que lo integran» eso es lo que decía antes de la comunidad, que ha cambiado, es una comunidad distinta.

Adolfo Calatayud

Yo creo que no.

Honorio Romero

Pero si lo está diciendo.

Adolfo Calatayud

No, yo creo que no.

Honorio Romero

Por un consorte sobre su cuota en el consorcio o en alguno de los bienes que lo integran.

Adolfo Calatayud

Pero en alguno de los bienes que lo integran si ese comunero tiene derechos concretos sobre los bienes que lo integran, o sea...

Honorio Romero

Carlos es el que lo ha estudiado.

Adolfo Calatayud

Si la comunidad es pro indiviso, pero en fin tampoco quiero que este tema absorba tanto tiempo.

Carlos Carnicer

Bueno yo, por no dejar cosas atrás, primero te devuelvo la felicitación y efusivamente; mi trabajo ni siquiera hubiese sido posible sin el vuestro y abundando en lo que

decías, en los despachos lo que evidenciamos es la absoluta ignorancia de los ciudadanos aragoneses sobre el derecho sucesorio. Y es tan así lo que dices, que cuando les hablamos a los clientes, por ejemplo, del recobro de liberalidades es un verdadero bálsamo en sus previsiones de disposición y desde luego lo aprecian muchísimo, en la línea que hablabas tú. En cuanto a lo que estás defendiendo contra el criterio de Honorio, no estoy de acuerdo porque fíjate que en el 59.2 habéis reforzado también la representación de la cuota consorcial en cada uno de los bienes; es decir, cuando se regula la venta forzosa de los bienes objeto del consorcio, se distingue también entre la cuota consorcial y la correspondiente a uno de los bienes inmuebles del consorcio.

Y esta es una de las mayores especialidades que yo veo ahora también en el consorcio, es decir yo sí que creo que es una comunidad especial, no especial, especialísima y además me encanta que sea genuina.

Decía yo en mi exposición, al intentar definir la naturaleza jurídica del consorcio, que es extraordinariamente difícil hacerlo, porque hasta donde llegas es hasta que es una comunidad; y a partir de ahí ya todo está discutido, si es germánica, si es romana, si es societaria, es decir es todo discutido, sólo que es una comunidad, incluso se discute si es hereditaria ¿eh? Entonces para mí la maravilla es que tenemos una institución, que es una comunidad y por eso, perdona Paco pero yo creo que es la misma comunidad cuando un consorte se separa que cuando no se separa, sólo que como tú muy bien decías unos socios tiene unas reglas y el otro socio tiene otras reglas, cuestión que en el derecho social es perfectamente posible.

Por tanto, como decía, a mí el consorcio me parece originariamente una comunidad hereditaria, después en su desarrollo dinámico, patrimonial clarísima, pero es que termina siendo una comunidad que participa de la naturaleza societaria y que le afecta y de forma muy importante el derecho sucesorio.

Honorio Romero

Vamos a ver Carlos y Adolfo, aquí Paco y yo estamos (se ríen todos) de cómplices y a mí me gusta ponerle boina como digo yo siempre a instituir herederos a sus tres hijos B, C y D, y en su patrimonio está la finca X, un piso en Teruel y hay consorcio, estamos de acuerdo, con la legislación nueva hay consorcio. Uno de sus hijos, B, C o D puede disponer, Adolfo se ha pronunciado diciendo, creo, he entendido, si te he entendido mal Adolfo rectifica, que cualquiera de los hijos B, C o D puede disponer de una tercera parte indivisa de ese piso a favor de sus descendientes o a favor de sus otros consortes, hasta ahí estamos de acuerdo ¿sí o no?

Si, Si.

Honorio Romero

Porque si no estamos de acuerdo no podemos seguir ¿tu está de acuerdo Adolfo?

Adolfo Calatayud

No, no ha habido partición.

Honorio Romero

No ha habido partición, no hay nada.

Adolfo Calatayud

Es una comunidad hereditaria pura.

Honorio Romero

No, hay consorcio.

Carlos Carnicer

Hay consorcio.

Adolfo Calatayud

Bueno pero es una comunidad hereditaria, donde se ha producido la aplicación pro indiviso de los bienes.

Honorio Romero

No, no pongamos nombre, efectivamente no hay nada, no hay nada, no hay nada.

Adolfo Calatayud

Pues entonces yo creo que no se puede.

(MUCHAS VOCES A LA VEZ NO SE ENTIENDE)

Carlos Carnicer

Perdón, no se puede, efectivamente porque dice desde que adquieran, luego hasta que no acepten no adquiere.

Adolfo Calatayud

Sí han aceptado pero no han (no se entiende).

Honorio Romero

Sí, sí, sobre un bien concreto. Vamos a ver, yo hago mi construcción porque todo esto es lo bonito del foro ¿eh?, lo que pasa es que no estamos acostumbrados. Si el artículo 59.2, ¿es el 2 o el 1?, el 1 dice que «vigente el consorcio foral» es decir que aquí fallece A, deja herederos a tres hijos y en su patrimonio hay un piso en Teruel y hay unos bienes y no han hecho nada más, si quieres ir a la notaría y aceptar y si no, no hace falta ni que hagas eso. Sólo son válidos los actos de disposición «inter vivos» o «mortis causa» realizados por un consorte sobre su cuota en el consorcio, puede disponer sobre su cuota en el consorcio, como el patrimonio o en alguno de los bienes que lo integra, si me has convencido tú viniendo (se oyen risas de los ponentes y de la audiencia), entonces pueden, con arreglo al 59.1 de la Ley de Sucesiones de Aragón, uno de los coherederos, uno de los consortes, puede disponer una tercera parte indivisa del piso «inter vivos» o «mortis causa» en favor de sus descendientes o en favor de otro consorte.

Es decir, que estando en consorcio foral, cabe la posibilidad, o interpretamos mal el 59, que puede ser que interpretemos mal el 59 y a lo mejor, Adolfo esto es un atraco y ya lo meditaremos, entonces yo interpreto que pueden disponer de un bien concreto, de la participación en un bien concreto, entonces eso es una manifestación clarísima de que estamos ante una comunidad romana, pero una comunidad romana delimitada por la especialidad de los titulares, que son los otros consortes. Pero la pregunta es clave, es que esto es el punto básico, si no construimos desde los cimientos es imposible.

¿Si uno de los consortes puede disponer de una parte indivisa sobre un bien concreto? Yo entiendo que sí, con el 59.1 lo interpreto así y después de leer el trabajo de Carlos viniendo, entonces ¿qué efectos produce si uno de los consortes dice «escritura pública y me separo del consorcio» bueno pues resulta que si se separa del consorcio ya no tiene la posibilidad de disponer de cuotas concretas sobre bienes concretos a favor de esas personas, ya está con un régimen jurídico totalmente distinto, solamente podrá dis-

poner de la totalidad de su cuota en esa comunidad consorcial, en esa comunidad hereditaria, que como muy bien decías, Adolfo, se sobreponen las dos comunidades, por eso me decía a mí, esto lo he descubierto todo viniendo, en el viaje. Veníamos medio dormidos pero bueno, estaba, pero es muy bonito, es un tema muy bonito que habrá que sacarle más... Porque también planteábamos en el viaje... La verdad que la preparación de la ponencia ha sido muy curiosa, nos hemos juntado dos veces, hemos comido y la verdad que nos hemos distribuido el trabajo yo creo que ha quedado... Por lo menos hemos investigado lo que hemos podido.

Pero que sí, esto yo lo veo clarísimo ahora, lo veo clarísimo y digo que son dos tipos de comunidades distintas, la consorcial y la hereditaria; que si hay comunidad consorcial tiene unas normas y si aplica la comunidad romana clarísimo, así clarísimo, y que si no se separa ya no lo regula esa comunidad romana, ya solamente puede disponer de su cuota o junto con los demás consortes de bienes concretos, cuando agotan el poder de disposición. Y luego lo prueba también el tema del embargo, que le embargan a uno la cuota en el bien concreto y luego si le hacen la partición le adjudican el bien concreto a otro, pues el otro se tendrá que tragar el embargo y luego también las relaciones entre el adjudicatario del bien al que se está embargando con el deudor que no se ha llevado los bienes libres, pues entonces serán unas relaciones entre ellos que tendrán que tener mucho cuidado en la partición.

La verdad es que son cuestiones muy bonitas de derecho aragonés y que tendremos que seguir investigando, la verdad es que yo traía otras cuestiones pero me gustan más éstas, así que...

Moderador

¿Alguna intervención más? Bien son las 10:10, entonces permitidme unas palabras, dar las gracias a los ponentes por la magnífica exposición que habéis puesto en el tema asignado.

Dar las gracias a los asistentes por vuestras intervenciones y pedir al Justicia de Aragón que visto el éxito que hemos tenido en estos Encuentros, se vuelvan a repetir en años sucesivos, porque realmente una concurrencia de cerca de 100 personas, no estamos muy acostumbrados, esto ha sido un éxito que creo que de alguna forma merece una recompensa y ya en próximos encuentros convoques otra reunión aquí, otra asamblea.

Justicia de Aragón

También quiero dar las gracias a todos los que han intervenido, a los ponentes por el rigor, la seriedad, la ilusión y el apasionamiento que han puesto a la vez que la claridad. Y a todos los que han intervenido desde el otro lado de esta mesa, pues también por las mismas cualidades.

Yo quería hacer una última consideración de carácter general y que me parece que es importante hacerla a todos los que operan en el mundo jurídico aragonés. Yo creo que es muy importante que en la situación actual tengamos muy claro que cualquier interpretación del derecho aragonés que se haga se ha de tender a hacerla de tal manera que el derecho aragonés sea aplicable.

Cuando hablamos de competencia, cuando hablamos de instituciones concretas, hay que tender, cómo se está haciendo por ejemplo en Navarra, por parte del Tribunal Superior de Justicia a interpretar las normas de tal manera que permita la aplicación de la institución aragonesa. Si no, no logramos lo mismo y eso hay que pedirlo a los operadores jurídicos normales, hay mucha gente que no le gusta esta palabra, jueces, abogados, fiscales, notarios, registradores...

Pero hay que pedirlo también a los poderes públicos aragoneses, al Gobierno y a las Cortes. Por ejemplo al Gobierno hay que pedirle que facilite una política fiscal determinada para que las normas de derecho aragonés sean aplicables.

En la Ley de Sucesiones de Aragón por ejemplo, se ha hecho algunas cosas que son muy importantes para la persistencia de alguna institución como en sede de fiducia se dice que, a todos los efectos legales, se entenderá realizada la fiducia cuando efectivamente se produzca la transmisión de bienes, lo cual quiere decir que se paga luego, no se paga en el primer momento, eso es muy importante, como también es muy importante lo que ha dicho Paco Serrano de considerar que es transmisión del ascendiente al descendiente y no colateral a colateral, porque ahí está, con eso se facilita. Bueno pues que cualquier interpretación que se haga del derecho fiscal aragonés se haga para que nuestras instituciones pervivan y tengan un juego. Yo creo que eso sería una buena cosa.

