

# EL CONSORCIO FORAL

PONENTE:

**D.ª M.ª del Carmen Sánchez-Friera González**  
Profesora Titular de Derecho Civil

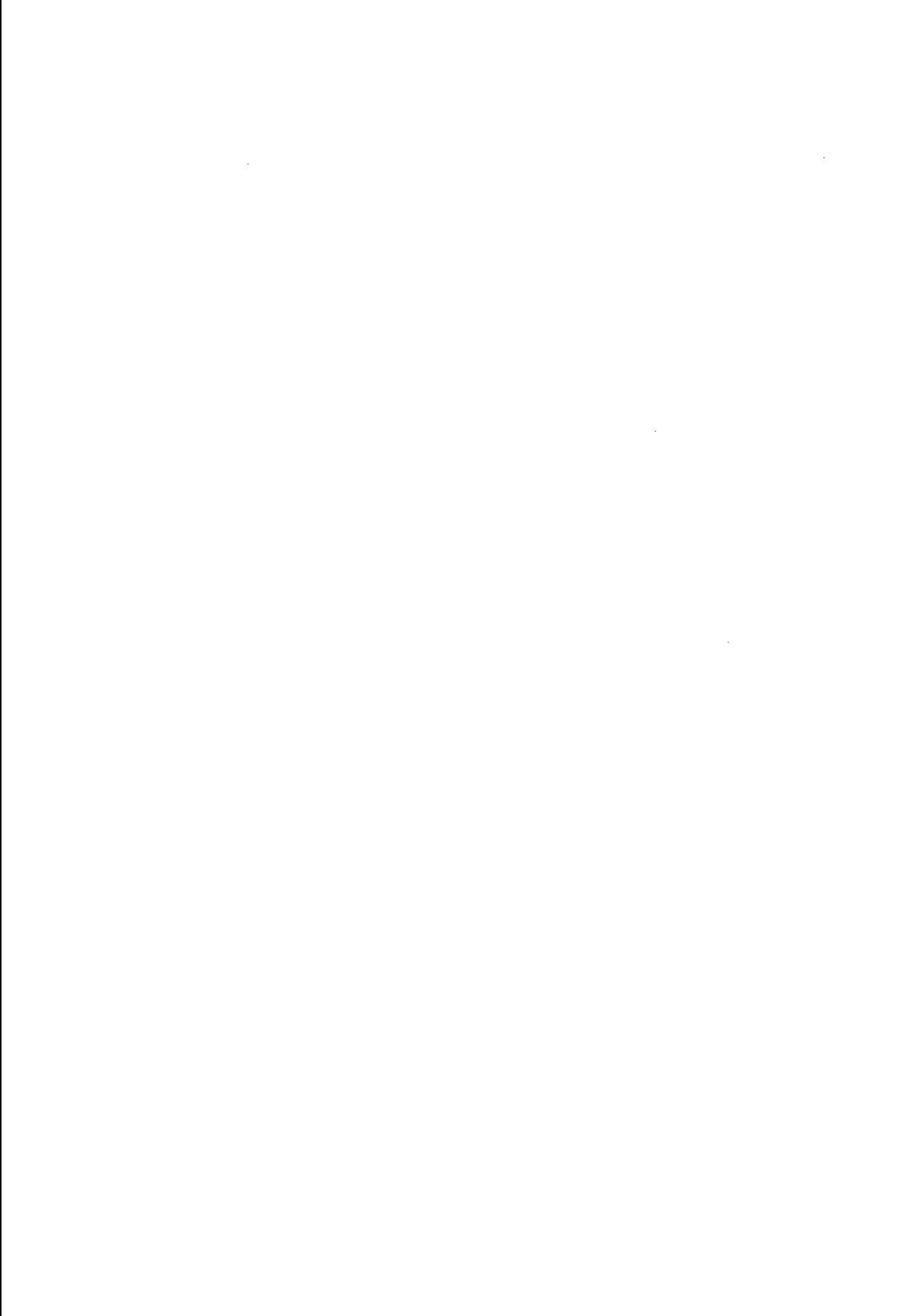
COPONENTES:

**D. Pedro Matínez Viamonte**  
Notario

**D. José Manuel Jarabo Rodés**  
Abogado

MODERADORA

**D.ª M.ª del Carmen Maestro Zaldívar**  
Procuradora de los Tribunales



## EL CONSORCIO FORAL

por

M.ª del Carmen SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ (Ponente)  
Pedro MARTÍNEZ VIAMONTE y José Manuel JARABO RODÉS (Coponentes)

### Intervención de D.ª M.ª del Carmen Sánchez-Friera González<sup>1</sup>

#### SUMARIO

1. Introducción. 1.1. Situación actual de la institución. 1.2. Regulación del consorcio foral en la vigente Compilación. – 2. Naturaleza jurídica del consorcio foral: su importancia. – 3. Carácter de las normas que rigen la comunidad consorcial. 3.1. Posibilidad de pacto contra consorcio. 3.2. Posibilidad para el causante del consorcio de disponer sobre el nacimiento del consorcio aun sin división de partes. – 4. Modificación subjetiva del consorcio foral: ¿adquieren la cualidad de consortes los hijos o descendientes, sucesores en la cuota consorcial? – 5. Precisiones en torno al elemento objetivo. – 6. Excepciones a la inalienabilidad: a) La enajenación *intervivos* a favor de consortes. B) Enajenación *intervivos* a favor de hijos. c) Enajenación conjunta de los consortes. – 7. Calificación del acto realizado contra Consorcio. – 8. Territorialidad o personalidad de la norma. – 9. Propuestas de *lege ferenda* a modo de conclusiones.

Excmos., Ilmos., señoras y señores. Quiero, en primer lugar, en nombre propio y en el de los profesionales que me acompañan en la presentación de esta ponencia sobre El Consorcio foral, agradecer a la organización del Foro Aragonés, el habernos confiado la redacción y la presentación de la misma.

La responsabilidad que hemos asumido es grande, especialmente si se tiene en cuenta el prestigio de los ponentes que nos han precedido en estos Encuentros y en los hasta aquí realizados.

Por mi parte soy asimismo consciente que personas aquí presentes tienen conoci-

---

(1) Las Páginas que siguen recogen el texto de la Conferencia tal como fue pronunciada el 25 de Noviembre de 1997 en el Salón de Actos del Colegio de Abogados de Zaragoza. Para los muchos puntos no tratados y la fundamentación de algunas de las opiniones expuestas, me remito a mi libro «El Consorcio foral en el Derecho Civil Aragonés» n.º 2 de la colección del Justicia de Aragón. A mi artículo «La fiscalidad del consorcio foral Aragonés», Gaceta fiscal n.º 88 bis, Mayo 1991, y la bibliografía en ellos citada.

mientos mucho más profundos de los que yo les puedo exponer. Sin embargo y, a pesar de este sentimiento, pienso que es bueno dar una amplia divulgación a la figura que vamos a ver, por cuanto arrastra una mala prensa desde tiempos ha. Será muy provechoso, así, una reflexión e intercambio de criterios sobre ella.

La exposición de la Ponencia será haciendo yo un planteamiento general de la figura, en los términos que después expondré, corriendo a cargo de los componentes: «La relación de la figura consorcial con la propia Compilación y con el Registro de la Propiedad», tema que desarrollará el Notario D. Pedro Martínez Viamonte y «La fiscalidad del Consorcio» que correrá a cargo del abogado especialista en Derecho fiscal Sr. Jarabo Rodés.

## 1. INTRODUCCIÓN

Mi propósito en esta ponencia no es hacer una descripción detallada de la figura consorcial sino que voy a tratar ésta únicamente en sus grandes líneas. Pretendo así construir los rasgos fundamentales de la institución para averiguar el cómo y el porqué de los fenómenos que en ella se realizan y conducirlos todos a unas pocas ideas fundamentales: esencial desde un punto de vista teórico para el conocimiento exacto del consorcio foral y para exponer adecuadamente las normas que rigen la figura; necesario también desde un punto de vista práctico ya que según la construcción que se adopte serán diferentes las soluciones que hayan de darse a los diversos problemas concretos no previstos en la ley.

Expondré en segundo lugar, primordialmente, puntos de reflexión que den lugar, con la participación de Vds. a un coloquio posterior, que será, sin duda, lo más importante de esta sesión del Foro Aragonés.

### 1.1. Situación actual de la institución

La Compilación contempla en el art. 142 la figura conocida como El Consorcio Foral. La regulación que de la misma hace la Compilación es deficiente: por escasa, ya que deja sin resolver multitud de problemas que la figura presenta. Y también, por cuanto, pienso que, cuando se reinstauró en 1967 el legislador se limitó a reproducir —casi fielmente— los Fueros *De Communi dividundo* que desde 1247 aparecen regulando la figura en el Cuerpo legal de Fueros.

La dificultad de entendimiento de la figura en sí y de su papel en el Ordenamiento jurídico aragonés viene también motivada por la falta de encuadre de la misma dentro del sistema, es decir que, aunque sistemáticamente colocada en derecho sucesorio y dentro de él en normas comunes a la sucesión, aparece regulada como algo sin conexión, algo extraño al mismo (ahí está como muestra su choque, por poner un ejemplo, con la regulación que se hace del recobro de donaciones por los padres o el art. 108). Esta falta de encaje ha perjudicado fuertemente la figura del Consorcio y también ha dado lugar a soluciones incomprensibles.

Realmente es disculpable esta deficiencia dada la complejidad de la institución y su naturaleza a caballo entre el derecho sucesorio y el derecho patrimonial (¿quizá también con el obligacional por cuanto la comunidad hereditaria prolongada en el tiempo hay jurisprudencia que la considera una sociedad?).

Sin embargo dado que, en mi opinión, tiene reservado un importante papel —si las Cortes Aragonesas se deciden a legislar sobre Derecho Civil propio— toda vez que la figura necesita muchos retoques para adecuarla a su sentido histórico, por un lado y a la realidad social del tiempo en que vivimos, por otro. Las propuestas de *lege ferenda* que propongo en las conclusiones a esta Ponencia parecen cumplir ambas premisas.

## 1.2. Regulación del consorcio foral en la vigente Compilación

Artículo 142.— 1. Cuando varios hermanos o hijos de hermanos adquieran de un ascendiente pro indiviso y a título gratuito bienes inmuebles, queda establecido entre aquellos, y en tanto subsista la indivisión, el llamado «consorcio o fideicomiso foral», con los siguientes efectos:

1.º Ninguno de los consortes puede enajenar, gravar ni obligar la parte que le corresponde en los bienes indivisos.

2.º Tampoco puede disponer de su parte por actos mortis causa sino en favor de sus descendientes.

3.º Si un consorte muere sin descendencia antes de la división, su parte acrece a los demas consortes.

2.— El consorcio se disuelve por la división del inmueble o inmuebles, que puede pedir cualquiera de los consortes.

## 2. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONSORCIO FORAL: SU IMPORTANCIA

El Consorcio foral también ha sido conocido con el nombre de Fideicomiso legal ¿Comunidad o sustitución fideicomisaria?

En este punto las divergencias doctrinales se centran en dos posturas: si la específica regulación de la figura consorcial supone una sustitución fideicomisaria o bien si la indisponibilidad de la cuota por los consortes y el especial acrecimiento son únicamente reglas que configuran la comunidad hereditaria cuando ésta se forma sobre determinados bienes y entre determinadas personas.

El optar por una u otra postura va a traer una serie de soluciones distintas a muy importantes problemas que el consorcio presenta: Así tendríamos que si se acepta que el consorcio foral es una sustitución fideicomisaria la disposición inter vivos de un consorte a otro no podría ser aceptada por cuanto con ella se lesionarían los derechos de los hijos, si los hubiere, o, en su ausencia, los derechos de los otros consortes, al tener, tanto unos como otros, la cualidad de sustitutos fideicomisarios. A no ser que se considere fideicomiso de residuo.

Por contra si se considera el consorcio como una comunidad con reglas específicas de funcionamiento, tal disposición inter vivos del consorte, no lesiona derecho alguno: respecto a los hijos porque en vida del padre ningún derecho ostentan sobre esos bienes, distinto al que les corresponde en los otros bienes del progenitor y, respecto a los consortes, en el supuesto de que carezca el consorte disponente de descendencia, tampoco por cuanto el derecho al acrecimiento nace en el momento de ocurrir la muerte del consorte.

Estrechamente conexionado con el punto anterior aparece el problema consistente

en dilucidar el carácter de los bienes consorciales en su relación a los descendientes del consorte: si los hijos son sustitutos fideicomisarios, esos bienes a ellos habrán de ser destinados y por partes iguales, sin que el estar éstos incursos en causa de desheredación, respecto al padre consorte, pueda alterar el destino de los mismos.

Contrariamente la aceptación de la tesis opuesta, haría que el padre consorte al destinar su cuota consorcial a los hijos, podría hacerlo sujetándose solamente a las reglas que rigen en Aragón el sistema de legítimas, es decir como si de la disposición de bienes no consorciales se tratara, (casi! por cuanto los bienes consorciales tienen que ir necesariamente a hijos o descendientes, y no todos los bienes no consorciales tienen que llevar este camino, dado que éstos podría dejarlos el causante a quien quisiera. Naturalmente si cabían en el tercio de libre disposición) sirviendo así para pagar la legítima que por ley o pacto se debiera.

Otra cuestión muy importante, cuya solución varía totalmente dependiendo que se acepte o no la tesis de la sustitución fideicomisaria, es la relativa a si en los bienes consorciales cabe derecho de viudedad del cónyuge supérstite. Al efecto hay que señalar que, según el art. 77 de la vigente Compilación se hallan libres de gravamen viudal los bienes del cónyuge premuerto sujetos a sustitución fideicomisaria.

En consecuencia si se estima que el consorcio foral es una suerte de sustitución fideicomisaria, el cónyuge sepérstite no podrá tener viudedad sobre la cuota consorcial que al cónyuge premuerto le correspondía, pasando, en este caso la misma, en plena propiedad, a los hijos o descendientes, si los hubiera, o a los demás consortes en virtud del acrecimiento consorcial, si careciera de descendencia.

Por el contrario si se entiende que la naturaleza jurídica del consorcio foral no es la de clase alguna de sustitución, el cónyuge supérstite tendrá derecho de viudedad sobre la cuota consorcial, ostentándolo mientras este derecho dure la nuda propiedad de la misma los descendientes o, en su ausencia, los otros consortes.

Por mi parte estimo que el consorcio foral no era, ni es, una sustitución fideicomisaria sino la comunidad hereditaria que se forma entre los descendientes al suceder a sus ascendientes en determinados bienes inmuebles. Caracterizada esta comunidad por dos notas esenciales: la exigencia de actuación en manocomún de todos sus miembros para los actos de disposición intervivos sobre los bienes que constituyen el activo de la comunidad y el especial acrecimiento que se produce al morir uno de sus miembros sin descendencia.

De estas características deriva:

A) La prohibición para los consortes, individualmente considerados, de disponer *inter vivos* o *mortis causa* de la parte que tienen en la comunidad. (La parte consorcial sólo significa la proporción en que participarán en su día los consortes en el producto de la liquidación. Así las cuotas no existen como puras medidas de valor. No determinan un derecho exclusivo del consorte sobre ellas; a diferencia de lo que representa la cuota en la comunidad que conocemos como comunidad romana o por cuotas en la que las cuotas son disponibles *inter vivos* y *mortis causa* a la par que, en ésta, la muerte de un comunero, abre, respecto a la cuota, su propia sucesión.)

B) El especial acrecimiento. Acrecimiento que diverge al que con este nombre se conoce en el Cc (art. 981 a 987) que exige premoriencia, repudio o incapacidad para heredar, ya que aquí —en el consorcio— se acrece por que ya se tiene parte en la comunidad consorcial, es decir que el acrecimiento se produce después de ser consortes y no antes: más que un derecho de carácter sucesorio se trata de una manifesta-

ción del acrecimiento en el condominio, a modo de expansión de la cuota por la vis atractiva de la propiedad. No es derecho sucesorio porque no se acrece por lazos de parentesco sino, como antes he indicado, por criterios de indivisión.

He señalado que la Comunidad consorcial tiene origen sucesorio, es decir en su inicio el consorcio es una comunidad hereditaria en la que, contrariamente a la comunidad hereditaria que regula el C.c., sus componentes no van a poder disponer de la parte que tienen en la misma, ni respecto al todo, ni respecto a los bienes concretos que la integran, —como ya decía D. Vidal de Canellas—. Así tenemos que si en la comunidad hereditaria que regula el C.c. el heredero puede disponer de la cuota que le corresponde en esa herencia —considerada como un *universum ius*— si bien la concreción de la misma queda para un momento posterior, es decir que queda a resultas de la partición la determinación de los bienes sobre los que recaerá esa disposición de cuota efectuada. No pudiendo, en cambio, ese heredero disponer de parte alguna en bienes determinados de la herencia .

En la comunidad consorcial, contrariamente, el consorte no puede disponer ni en uno ni en otro sentido, a no ser *mortis causa* a favor de los hijos (ésto a tenor de la regulación actual).

Digo, así, que la comunidad consorcial es germánica o comunidad a mano común, si bien no coincide en todo con este estereotipo, por cuanto, en la consorcial si bien los actos de disposición han de hacerse a mano común —por lo tanto dato coincidente— cada consorte puede hacer uso de la acción de división en cualquier momento sin necesidad de mayoría y menos de unanimidad. Como es sabido en la llamada comunidad germánica no existe para los comuneros la posibilidad de ejercitar la acción de división.

Si en los actos de disposición *inter vivos* vemos que los mecanismos de actuación de la comunidad hereditaria Cc y comunidad consorcial son diferentes, en lo que respecta a los actos *mortis causa* también divergen. En la comunidad hereditaria que regula el Código Civil la muerte de un titular provoca, respecto a su cuota, el fenómeno de la sucesión como si se tratase de una bien de titularidad singular. En la comunidad consorcial ésto también ocurre si el causante tiene descendientes (si bien hay que matizar esa semejanza, por cuanto como he dicho anteriormente, la cuota del consorte tiene que tener unos destinatarios obligados: los descendientes, sin posibilidad de destinarla a otros posibles herederos o legatarios). En otro caso, es decir si careciera de ellos, la regulación es harto diferente por cuanto en este supuesto opera el acrecimiento consorcial.

El consorcio foral es por tanto una comunidad con especiales reglas de funcionamiento, encaminadas éstas a preservar la conservación y continuidad del patrimonio familiar. Y no es que Aragón regulara la comunidad hereditaria sobre el patrimonio familiar con estas reglas por desconocimiento o no aceptación de las que rigen la llamada comunidad proparte, por cuanto ya en el medievo el Derecho Aragonés conocía, tenía en su regulación y aplicaba los dos tipos de comunidad hereditaria. Las reglas consorciales cuando se trataba de suceder los hijos en el patrimonio familiar y las propias de la comunidad proparte cuando los bienes sobre los que se formaba la comunidad no tenían este carácter, aunque las personas que la integraran estuvieran unidos por un vínculo semejante al exigido para el consorcio.

Esta finalidad económica de continuación del patrimonio familiar que el Consorcio realizó y puede realizar es lo que pienso debería potenciarse, teniendo en cuenta que el Consorcio foral aunque parece pensado para una infraestructura agraria hoy

dia es más útil para asentar sobre él cualquier tipo de empresa familiar ya que viene a resolver los problemas que a ésta se le presentan, en orden a su continuidad y conservación, al ocurrir el fallecimiento del empresario.

Bien es verdad que dentro de la Compilación Aragonesa se encuentran normas que tienden a potenciar el patrimonio familiar, protegiendo su conservación lo que posibilitaría su utilización como institutos favorecedores de la transmisión de la empresa familiar. En esta línea se citan la sociedad conyugal continuada y la fiducia sucesoria. No veo duplicidad en orden a utilizar el Consorcio Foral para el aludido papel por cuanto su existencia no es coincidente con las figuras enunciadas, a más de suponer la sucesión natural generacional.

Naturalmente su formulación actual requiere reformas: unas encaminadas a evitar las dudas y polémicas que hoy día se plantean y otras con la finalidad de recoger su tradición histórica a la par que conseguir su adaptación a la realidad social

Trataré de exponer a continuación una serie de cuestiones sobre las que parece haber controversia, y ésto sin pretender agotar los puntos polémicos.

### 3. CARÁCTER DE LAS NORMAS QUE RIGEN LA COMUNIDAD CONSORCIAL

#### 3.1. Posibilidad de pacto contra consorcio

Cuestión interesante surge en lo que respecta al carácter de las normas reguladoras del consorcio, dado que no es pacífica la postura sobre el carácter imperativo o dispositivo de las mismas.

La cuestión de determinar si las normas que rigen el consorcio foral son de derecho necesario o bien de derecho dispositivo ofrece una particular importancia por cuanto de ella depende la solución al debatido problema de si es posible a los consortes, por acuerdo unánime, eliminar los efectos del consorcio foral sin llegar a poner fin, mediante la división, a la proindivisión de la masa consorcial.

Una corriente doctrinal y profesional —así el coponente Sr. Martínez Viamonte— defiende «la validez de la renuncia previa al consorcio efectuada unánimemente por los consortes aun permaneciendo los bienes en situación de indivisión». Y ello, por estimar que las normas consorciales son de carácter dispositivo, en base a los siguientes argumentos: a) la libertad de partir que compete a todo consorte; b) la posibilidad de enajenación del bien si se realiza conjuntamente por todos los consortes; c) ser normas de contenido patrimonial lo que parece —se sostiene— poco acorde con exigencia de razones de orden público o interés general que es predicable del *ius cogens* d) la libertad que impregna el Derecho Aragonés e) y el enfoque de la troncalidad y unidad de la Casa a la luz de la situación socio-familiar actual.

En mi opinión, nace hoy esta figura foral concurriendo los presupuestos que establece el apartado 1 del art. 142 de la Compilación de Derecho Civil de Aragón: adquisición por varios hermanos o hijos de hermanos, de un ascendiente (común), un bien inmueble proindiviso y a título gratuito. Creándose, en consecuencia, por ministerio de la ley y sólo interviniendo la voluntad de los consortes en su mantenimiento, al no ejercitar los oportunos medios de partición. Esa voluntad, tácita o expresa, afecta a la pervivencia del consorcio pero éste ya está constituido de una manera automática al darse los requisitos del art. 142 anteriormente enumerados.

Me gustaría, antes de abordar el problema de fondo, es decir, de fundamentar

mi posición sobre si las normas reguladoras del consorcio, *tal como están hoy dispuestas en la Compilación*, son de carácter imperativo o dispositivo, —con la consecuencia apuntada de que si consideramos que dichas normas son Derecho necesario, obviamente la voluntad de los consortes, aunque unánime, expresada en el sentido de renuncia a los efectos del consorcio sin previa partición, sería inoperante; ocurriendo lo contrario, si se tratara de normas de derecho dispositivo, en cuyo caso esa voluntad prevalecería sobre lo dispuesto en el mencionado artículo— exponer que tal pacto, si fuera legalmente admisible, nunca podría ser «previo», es decir antes de su nacimiento como parece sostener la postura discrepante sino que se trataría de una eliminación de los efectos del mismo una vez ya nacido. La razón de esta afirmación estriba, por una parte, en que antes de producirse la adquisición de los bienes, ningún derecho ostentarían los futuros consortes sobre los mismos y, por lo tanto, no cabe ninguna manifestación al respecto, y, por otra que, una vez aceptada la herencia o la donación, si concurren los presupuestos del art. 142, queda establecido el consorcio de una manera automática. Así, pienso, que ese pacto de renuncia o exclusión de las reglas que rigen el consorcio sólo cabría, si la regulación del mismo lo permite, en fase posterior a su nacimiento.

Según mi criterio el carácter imperativo de las normas que hoy lo regulan, determinaría la imposibilidad para los consortes, de excluir, por un acto voluntario de su autonomía, los preceptos de la misma, dado que, tanto la «exclusión voluntaria de la ley aplicable» como la renuncia de los derechos, sólo es posible cuando se trata de una ley de carácter dispositivo.

Dada la amplitud de la exposición necesaria para fundamentar esta afirmación, intentando a la par rebatir las posturas que califican la norma de dispositiva y teniendo en cuenta la extensión de esta ponencia, enunciaré sucintamente mis argumentos en pro de su carácter de Derecho necesario .

En mi opinión el Consorcio foral, desde su regulación en los mas antiguos Fueros, que luego se compilan en 1247, aparece como una comunidad de origen hereditario configurada con unos efectos peculiares, efectos que aparentemente entrañan una «cierta vinculación» de los bienes que la integran y que puede, a petición de cualquiera de sus componentes, quedar extinguida (no necesariamente esta extinción va a afectar a la comunidad en sí, sino, en todo caso, al consorte peticionario) mediante la partición de la misma o del bien en concreto poseído en común. Así persiste en la regulación actual.

La norma contenida en el art. 142 de la Compilación Aragonesa, es una norma jurídica expresada en forma de prohibición. En ella se liga la presencia de un supuesto de hecho previsto en la misma (cuando varios hermanos o hijos de hermanos adquieran de un ascendiente proindiviso y a titulo gratuito bienes inmuebles) con la necesidad jurídica de una determinada consecuencia, que impone a sus destinatarios una determinada conducta omisiva (ninguno de los consortes puede enajenar, gravar ni obligar ... tampoco disponer por *mortis causa* sino en favor de sus descendientes ...). Es pues una ley prohibitiva propia del ordenamiento jurídico aragonés.

La regulación actual del principio *standum est chartae*, aunque omite las normas prohibitivas como frontera de la autonomía de la voluntad, (art. 3 de la Compilación) las mismas se entienden comprendidas en la denominación de imperativas, tal como expone el profesor Sancho Rebullida (Comentarios a la Compilación de Derecho Civil Aragonés V.1.º, pag. 219): «entre normas imperativas y normas prohibitivas no hay otra diferencia que la de su respectivo signo, positivo o negativo, en lo demás, ambas

son manifestación del *ius cogens*. Tales normas se erigen en fuente primera y principal del ordenamiento jurídico aragonés».

Por otra parte tenemos que con ser, en el ordenamiento jurídico aragonés, muy amplia la voluntad de los particulares en orden a regular sus propias relaciones jurídicas —en base al principio *standum est chartae*— existen, sin embargo, unos límites, por cuanto el pacto no es propiamente fuente de Derecho como afirma la doctrina más prestigiosa. Así Delgado Echeverría (Comentarios a la Compilación de Derecho Civil Aragonés, V.1.º pág. 183); Lacruz Berdejo (El principio aragonés *estandum est chartae*); Palá Mediano, (Derecho Civil de Aragón N. E. J. Seix, t. I). Hoy día esos límites son lo imposible y las normas imperativas aragonesas.

La observancia 16 *De fide instrumentorum*, precedente del principio *standum est chartae*, no ponía, como límite a la voluntad del declarante, el representado por la ley: concretamente, por la ley imperativa o prohibitiva, sólo hablaba de imposibilidad o inmoralidad. Acaso, en «lo imposible», dice el profesor Lacruz, se pudiera entender que entraba también lo no permitido por el Derecho: pero ningún comentarista se atrevió a decirlo. Más aún así, nunca en Aragón se pensó que la voluntad de los particulares pudiera sobreponerse a prohibiciones legales ...: leyes que se observan sin que la utilización del instrumento publico hiciera válidas o eficaces las estipulaciones que se convenían frente a la prohibición».

Hoy, en Aragón, la ley, la costumbre y los principios generales, son fuente de producción de normas en el Derecho Aragonés, de acuerdo con el art. 1.º (Delgado Echeverría. Comentarios a la Compilación de Derecho Civil Aragonés, V.1.º pág. 172) siendo el Código Civil y demás disposiciones constitutivas del Derecho general español fuente supletoria de las normas antedichas.

Al amparo, pues, de esta jerarquía de fuentes, el art. 3.º de la Compilación rige con preferencia al art. 6.º del C.c. y, la autonomía de la voluntad, consagrada en el mismo, prevalece sobre las disposiciones no imperativas del Derecho Aragonés. (Delgado Echeverría. Comentarios a la Compilación, *ibidem*). Por lo tanto, y en virtud de esta prelación de fuentes, tenemos que la norma contenida en el art. 142 ocupa el primer puesto en el ranking normativo, al ser norma prohibitiva contenida en la propia Compilación; sus disposiciones son de principal y obligado cumplimiento para sus destinatarios: los consortes y el principio *Standum est chartae* no prevalece sobre este tipo de normas, ya que encuentra en ellas su principal frontera.

Finalmente, creo, que el carácter imperativo de las normas que rigen el consorcio se pone también de manifiesto en la sanción de nulidad e ineficacia que acarrea la infracción de las mismas por los consortes, típica de esta clase de normas. Sanción que, aunque hoy explícitamente no contenga el art. 142, (pienso que por dar por sobreentendida la misma) fue la tónica general en el Derecho histórico (Así la Obs. 12 de *consortibus ejusdem rei* y los foralistas que, comenzando por D. Vidal Canellas, al referirse a los actos de los consortes contraventores de las normas consorciales, emplean el vocablo: *non valeat*) y común opinión de la doctrina jurisprudencial y científica.

Bien es verdad que esta postura mía está referida solamente al carácter de las normas contenidas —hoy— en el artículo 142. Otra cosa sería entrar a dilucidar sobre si convendría más —ya en una regulación futura— dar a las mismas un carácter de derecho dispositivo.

### 3.2. Posibilidad para el causante del consorcio de disponer sobre el nacimiento del consorcio aun sin división de partes

Si, como expongo, estimo que los consortes no pueden, aún unánimemente, renunciar a los efectos de la comunidad consorcial sin previa partición, no ocurre lo mismo con el causante del consorcio, por cuanto al tener —la norma contenida en el art. 142 de la Compilación— como destinatarios a los consortes y no al causante del mismo, estimo que es posible que el consorcio foral no nazca, aún dándose las condiciones objetivas y subjetivas que el mismo presupone, si el causante evita que nazca, sobreponiendo así su voluntad, en este orden manifestada, a lo dispuesto en la Compilación.

Y ello por cuanto considero que la voluntad del causante es ley en la sucesión (respetando las legítimas) y a él no le obliga, ni va dirigida la regla del artículo 142, y así, pienso, que al igual que puede prohibir la división de los bienes consorciales, sobreponiéndose, en este caso, a la libertad de petición de división que la norma en cuestión establece, puede igualmente disponer que, aun sin división, no nazcan los efectos consorciales, pues si puede su voluntad ser preferente en este punto (de impedir la división) para agravar las disposiciones de la ley, igual le será posible en el sentido contrario.

### 4. MODIFICACIÓN SUBJETIVA DEL CONSORCIO FORAL: ¿ADQUIEREN LA CUALIDAD DE CONSORTES LOS HIJOS O DESCENDIENTES, SUCESORES EN LA CUOTA CONSORCIAL?

Otra cuestión que necesitará precisarse en una regulación futura será la que hace referencia al supuesto de sucesión por los hijos al padre consorte ya que tampoco es pacífica la cuestión. Las divergencias se centran en la pregunta ¿adquieren los hijos, al suceder al padre consorte, la condición de consortes? Para negar esta cualidad se alega el diferente título en virtud del cual tienen estos hijos los bienes. Así el coponente Martínez Viamonte. Si bien, y para el supuesto de que entre en juego el art. 141 de la Compilación considera —en ésto ya coincidimos— que sí entrarían los sucesores-descendientes en consorcio, dado el mecanismo de sustitución legal establecido en este artículo, lo que provoca que esos descendientes sucedan directamente al causante del consorcio.

Ciertamente que los supuestos mas interesantes de modificación subjetiva del consorcio se plantean al ocurrir la muerte de un consorte. Si la misma acaece careciendo el consorte de descendencia la porción consorcial que por efecto del crecimiento adquieren los consortes sigue en el consorcio. La razón en este caso es obvia por cuanto no sale de él, no es una nueva adquisición sino expansión de la que cada consorte tenía.

Entiendo que si el consorte muerto tiene descendencia, la cuota consorcial en la que los descendientes suceden sigue formando parte del consorcio en tanto no se proceda a la división de los bienes consorciales. Coincido así con lo que, al respecto, sostuvo la doctrina y jurisprudencia clásica que fue unánime al considerar al hijo, o ulterior descendiente, sucesor en la cuota consorcial con el mismo derecho, cualidad y prerrogativa que su padre tenía cuando vivía: es así, que si el padre estaba en consorcio con sus hermanos y con sus tíos en vida, en el mismo consorcio está el hijo que le sucede.

Creo que debe hacerse esta afirmación toda vez que no estando prevista por el 142 de la Compilación que la muerte de un consorte opere como causa de extinción de la comunidad consorcial, al ocurrir la misma, sus sucesores se subrogan en la cualidad de consorte que tenía su antecesor, cualidad que solo perderá mediante el ejercicio de la acción de división libremente ejercitada. Otro caso supondría considerar que la cualidad de consorte es personal y que se extingue con la muerte del padre-consorte. Lo que sin duda obligaría a efectuar una partición obligatoria para los hijos o descendientes del consorte fallecido. ¿o permitir la entrada de los hijos sin sujeción a las reglas consorciales?

La complejidad que, sin duda se crearía admitiendo la existencia de una comunidad proparte dentro de la consorcial, que originaría la existencia de una comunidad en la que sus miembros tendrían distintas reglas de disposición sobre el patrimonio de la misma parece desaconsejar de entrada esta solución, a más de que es posible preguntarse ¿no estarán propugnando los que así piensan la aplicación al consorcio del art. 1051 Cc en relación con el 1700 del mismo cuerpo legal?

## 5. PRECISIONES EN TORNO AL ELEMENTO OBJETIVO

Si el elemento personal del consorcio tiene aspectos que provocan viva polémica, su elemento objetivo no está tampoco libre de ella; si bien creo que debería darse por superada la cuestión de si la nuda propiedad puede ser o no objeto del consorcio, por cuanto el fundamento jurisprudencial que en su día se utilizó para exponerla creo que está demostrado que fue un error de interpretación.

Lo que sí quiero en este punto es someter a la consideración de los presentes una cuestión, que a mi modo de ver, —y afectando vivamente a la adaptación de la figura a la realidad social del tiempo actual,— redundaría en la aplicabilidad de la misma.

Ciertamente no existe duda de que cuando la Compilación en su art. 142 señala como objeto del consorcio determinados bienes inmuebles no se está refiriendo a los reseñados en el art. 39 del mismo cuerpo legal, sino a los que enumera el art. 334 del Código Civil comprendiendo todos los que se hallen dotados de autonomía.

Así comprenderá, según la dicción actual, no sólo los inmuebles por naturaleza, sino los inmuebles por analogía, pues como muy bien dice el maestro Lacruz : «lo importante es que la cosa sobre la que recae el derecho real sea inmueble, pero en cuanto al derecho mismo nada dice la ley y ningún motivo serio hay para excluir del Consorcio cualesquiera derechos perpetuos o temporales que representen facultades de goce sobre inmuebles. Excluyéndose únicamente los derechos reales de garantía en razón de su accesoriedad a un derecho de crédito. Consecuentemente el concepto de bienes inmuebles del art. 142 no se extiende hoy día a los bienes enumerados en el art. 39 de la Compilación.

Sin embargo mi propuesta a consideración —y con miras a una reforma de la figura consorcial en este punto— sería la de hacer también aplicable las reglas que rigen el consorcio a las explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales con cuantos elementos estén afectos a unas y otras, es decir a los bienes que enumera el ap. 1.º del art. 39 de la Compilación.

Ciertamente que esta reforma, —en cuya propuesta estamos los ponentes de acuerdo,— vendría a facilitar la sucesión de la empresa familiar, a la par que signifi-

caría, pienso, una certera interpretación de la ley utilizando el criterio de adaptación de la misma a la realidad social. Y no sólo ésto sino que también significaría su adaptación al sentir histórico de la figura. En este sentido es de resaltar cómo, desde época muy temprana, los documentos dan testimonio de que el consorcio foral es una comunidad dinámica que gestiona el patrimonio familiar; comunidad en la que se adquieren y enajenan bienes y no dedicada simplemente a la explotación del patrimonio inicial como si fuera una copropiedad estática.

Por otra parte hemos de tener en cuenta que, cuando la Compilación señala como objeto del Consorcio determinados bienes inmuebles lo que está haciendo es hacer equivaler la palabra «*haereditas*» que consta en los Fueros *De Communi dividundo* por dicha clase de bienes. Sin embargo es conocida la dificultad de saber con precisión el significado de la palabra *haereditas* en el medioevo y sobre todo la imposibilidad de señalar una significación unívoca al término, circunstancia reflejada en el propio Cuerpo legal de Fueros, que si en ocasiones hace equivaler la citada expresión a dicha clase de bienes —o mas concretamente a heredad—, en otros la hace equivaler a herencia. No parece muy aventurado suponer que en la época de los Fueros la comunidad consorcial —comunidad familiar entre hermanos— estaba constituida o integrada principalmente por la propiedad inmobiliaria familiar, pero no exclusivamente formada por ella, sino que comprendía todos los bienes que formaban el patrimonio doméstico, es decir todos los bienes imprescindibles para el sustento y la continuación del grupo familiar. Piénsese que la riqueza estaba constituida primordialmente por la tierra y el ganado, bien mueble por excelencia este último. Por otra parte la misma dicción del Fuero 1.º *De Communi Dividundo* parece emplear la palabra *hereditas* en el sentido de herencia.

Estas consideraciones históricas junto al criterio interpretativo de adaptación de los institutos a la realidad social de aplicación de la norma (art.3 Cc) me autorizan, confío, a proponer como de *lege ferenda* que se incluya, junto al (o en vez de ) término inmuebles, que consta en la Compilación, el de empresas agrícolas, ganaderas, industriales, o mercantiles, de forma que estos entes puedan, sin ser bienes inmuebles, ser o constituir el elemento objetivo del consorcio foral. y ésto, no sólo cuando las empresas cuenten entre su patrimonio bienes inmuebles que les sirvan de soporte físico, sino incluso cuando esta base física fuere disfrutada en situación de arrendamiento.

## 6. EXCEPCIONES A LA INALIENABILIDAD:

### A) La enajenación *intervivos* a favor de consortes

La comunidad consorcial está caracterizada por dos notas: la necesidad de actuación a mano común de sus miembros es una de ellas. De esta característica deriva la prohibición para los consortes, unilateralmente considerados, de disponer de los bienes que integran el patrimonio de esa comunidad.

Esta imposibilidad de actuación de los consortes que se extiende, no sólo a los actos *intervivos*, sino también, en ciertos supuestos, a los *mortis causa*, está hoy contemplada en la Compilación notablemente endurecida respecto a cómo lo hacían los Fueros y Observancias.

También la jurisprudencia, no sólo la de época pretérita sino incluso la de principios de siglo, como son las sentencias de 16 de Diciembre de 1899 y 19 de Diciembre

de 1903, entienden —como los Fueros y doctrina siempre habían entendido—, que la prohibición de disponer que pesa sobre los consortes, opera cuando éstos realizan actos de enajenación a favor de extraños a la comunidad consorcial. Así, literalmente, se puede leer en la primera de las sentencias citadas: «uno de los efectos principales del consorcio foral es el de no poder enajenar los consortes los bienes a ningún extraño (el subrayado es mío) antes de la división, como de manera clara y terminante se preceptúa en los Fueros *De Communi dividundo* y en las Observancia 1.ª, 12 y 14 *De Consortibus ejusdem rei*»

En semejantes términos se expresa la segunda citada cuando dice: «... y que los efectos del mismo, entre otros, son que ninguno de los consorciados pueda enajenar u obligar de manera alguna la parte que le corresponda en los bienes indivisos, ni imponer servidumbre sobre ellos a favor de *extraños*».

En definitiva que hasta 1967, con la Compilación, se vino interpretando unánimemente tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencial, que la dicción de los Fueros al prohibir a los consortes determinados actos se referían exclusivamente a cuando los mismos tuvieran como destinatario *ad alium hominem* es decir que la prohibición de actuar aisladamente los consortes sobre los bienes de la comunidad consorcial sólo era de aplicación en las enajenaciones *inter vivos* a favor de extraños.

Estamos por tanto ante un nuevo problema dado que la regulación actual, al omitir esta aclaración, ha de interpretarse que incluye también —para prohibirlas— las enajenaciones realizadas a favor de los otros consortes.

Estos actos dispositivos a favor de consortes no necesitaban en el Derecho histórico el consentimiento de los demás consortes por cuanto se estimaba, así Molino, que estando las disposiciones del Fuero dirigidas a la protección de la propiedad de la familia, permitiendo las enajenaciones entre los consortes, en nada se contrariaba esa razón. Fue Portolés el que, —aún afirmando que siempre se entendió en el sentido expuesto,— consideró que para los supuestos en los que el consorte disponente tuviera hijos necesitaría el consentimiento de éstos cuando quisiera disponer a favor de otro de los consortes.

Ciertamente que para justificar esta afirmación tendríamos que entender que: o bien Portolés considera el consorcio como una sustitución fideicomisaria, dado que en otro caso parece evidente que los hijos en vida del padre ningún derecho especial tienen sobre la parte del padre en la comunidad consorcial diferente a la que tendrían en otro tipo de bienes que éste tuviera. O que esta afirmación la refiere Portolés a los actos *mortis causa* llevados a cabo por el padre consorte. Creo más factible esta segunda afirmación teniendo en cuenta que Portolés como apoyo o fundamento a esta afirmación que hace utiliza la Observancia 12 de *Consortibus ejusdem rei*, a más de que así armonizaría su propia doctrina.

En definitiva que la posibilidad para el consorte de disponer *intervivos* a favor de otro consorte no debería, en mi opinión, encontrar obstáculos en una futura regulación de la figura consorcial, pues el argumento esgrimido en contra consistente en considerar que con esta posibilidad se modifica la cuota de alguno-s de los consortes por voluntad de uno sólo, no me parece atendible si consideramos que lo que con el consorcio se protege no es un derecho individual sino supraindividual: se protege el patrimonio familiar.

## B) Enajenación *inter vivos* a favor de hijos

Otro tanto ocurre con la imposibilidad de disposición *inter vivos* a favor de hijos que hoy afecta a los consortes, según la dicción del art.142 y que se consideró admitida en el Derecho histórico.

Entiendo que esta imposibilidad, como la anterior mencionada, son dos cuestiones a tener en cuenta, para la futura regulación del consorcio. En efecto, si el consorcio se concibe —yo así lo veo— como una comunidad dinámica dedicada a la gestión de la empresa familiar ¿no parecería lo aconsejable y necesario que se arbitrara esta posibilidad del padre consorte de «dejar paso» a sus hijos en la administración y gestión de dichos bienes? de otra manera tendríamos que sólo la muerte del padre posibilitaría la entrada de los hijos en la comunidad consorcial. No parece ésto acorde con la ratio de la figura ni con los tiempos actuales que parecen exigir un apartamiento de los negocios para vacar y para renovar los aires de la propia empresa familiar.

En cuanto al argumento esgrimido a favor de mantener la prohibición de disposición *intervivos* a favor de los hijos, consistente en entender que la determinación de la existencia de descendencia debe producirse en el momento del fallecimiento del consorte y no antes —dado que en caso contrario podría defraudarse el derecho de acrecer de los otros consortes si definitivamente el consorte transmitente fallece sin descendientes que le sobrevivan—, podría ser relevante si se considera que el Consorcio no se extiende a los hijos de los consortes fallecidos, por cuanto, al disponer el consorte a favor de hijos por actos *inter vivos* la cuota transmitida saldría del consorcio en ese momento y a la muerte (posterior) del hijo o hijos donatarios se abriría respecto a ella su propia sucesión como un bien no consorcial, lo que vendría a producir que si ese hijo careciese de descendencia se habrían frustrado las expectativas de los consortes a acrecer. Ante ésto, dada la postura que yo sostengo respecto a la sucesión por los hijos de la parte consorcial —sea ésta *intervivos* o *mortis causa*— ningún problema especial se me plantea. Si bien reconozco que para quien no comparta mi postura el problema es evidente.

## C) Enajenación conjunta de los consortes

No parece haber cuestión a debate —por aceptación unánime de la doctrina— respecto a la posibilidad de enajenación de los bienes consorciales llevada a cabo conjuntamente por los consortes o por uno en representación o con el debido consentimiento de los otros. Es la actuación a mano común de los miembros integrantes del consorcio nunca negada y ya puesta de relieve por la doctrina empezando por el Obispo D. Vidal. De esta manera se pone de manifiesto que la prohibición de disponer sobre los bienes integrantes del consorcio no era una absoluta prohibición de disponer sobre dichos bienes —a modo de vinculación— sino una regla de funcionamiento de regía para la comunidad consorcial.

## 7. CALIFICACIÓN DEL ACTO REALIZADO CONTRA CONSORCIO

Cuestión ciertamente importante es la relativa a las consecuencias del acto dispositivo, realizado en contra de lo preceptuado en el art. 142.1.1.º de la Compilación.

Tanto las disposiciones de los Fueros como la doctrina clásica entendieron que

los actos realizados por un consorte contraviniendo la normativa impuesta por los Fueros u Observancias que rigen el Consorcio, eran inválidos. *Non Vale*, decía el Obispo S. Vidal. y también: «*aqueill qui non consentio aqueill aillenamiento podrá revocar aqueill feito, en guisa que aqueill que recibió aqueill aillenamiento non puede rem retener d'aqueilla hereditat o possession ni en todo ni en partida*».

Estas palabras de D. Vidal parecen dar pie a pensar que el consorte no enajenante podrá ejercitar una acción de revocación o de impugnación para cuyo ejercicio parece conceder un plazo de un año y día. Plazo que dice no ser aplicable al ausente y al menor de edad.

En otro momento califica los actos contra consorcio de ineficaces (*por non feito*) no admitiéndolos como título válido para prescribir.

La doctrina clásica posterior lo califica de nulo, centrando la discusión sobre el momento hábil para pedir la nulidad del mismo: especialmente si había o no de esperarse a la muerte de consorte disponente. Así, Portolés, el cual, aun sosteniendo la nulidad del negocio llevado a cabo por el consorte, estima que solamente cuando acaezca la muerte del consorte que realizó el negocio indebido, podrán ejercitar, bien los hijos, bien los otros consortes la acción de impugnación (acción ejercitable en el llamado juicio de aprehensión). Entendiendo que el momento de la muerte del consorte será el que marque el inicio del cómputo de plazo tanto para el ejercicio de la acción como para prescribir.

La doctrina actual, respecto al tema que tratamos, no es unánime, ya que si un sector doctrinal no se aparta en esencia del tratamiento jurídico que, respecto a los actos de disposición de un consorte contraviniendo las reglas consorciales, hemos visto para el Derecho histórico: En esta línea tendríamos, como sostiene el profesor Laruz, que la disposición que un consorte haga de su cuota contra lo ordenado en el artículo 142.1.1.º sería, a la vez, inválida, por ser opuesta a la ley, e ineficaz, asignando a este término, el alcance de no producir su realización lesión del derecho de los consortes, los cuales, dice, pueden desconocer la intentada transmisión y conducirse considerándola como no sucedida.

No vale, por tanto, el negocio realizado por el consorte por cuanto está realizado contra ley, y este defecto impide que despliegue sus naturales consecuencias, siendo intrínseca su ineficacia. Su carencia de efectos ocurre sin necesidad de una previa impugnación del negocio realizado. Esto nos llevaría a que ocurrida la muerte del consorte enajenante, la parte indivisa enajenada a extraño, acrecería a los consortes o a sus hijos, presupuesta su inexistencia. La ineficacia, entonces, de la disposición se produce «*ipso iure*» por sí misma y sin necesidad de intervención judicial.

Aunque participando de esta idea, creo, que será inevitable la declaración judicial para vencer la resistencia del comprador cuando sostenga la validez del acto o también cuando sea necesario borrar la apariencia de validez que el negocio dispositivo pueda tener, por ejemplo, si está autorizado por escritura pública e inscrito en el Registro de la propiedad, pidiendo al juez la declaración de nulidad del título y la cancelación del correspondiente asiento registral.

Estimo, que en estos casos será suficiente que se pida al juez una declaración sobre la realidad jurídica del consorcio, bastando al efecto una sentencia declarativa que servirá para remover los obstáculos que la apariencia de validez o la resistencia que la otra parte pueda oponer.

Postura divergente sostiene el coponente sr. Martinez Viamonte, según expondrá a continuación

## 8. TERRITORIALIDAD O PERSONALIDAD DE LA NORMA

Según el art. 14.1. Cc la vecindad civil determina la sujeción al derecho Civil común o al especial o foral.

De esta manera, y según los arts. 9.1 y 8 Cc la ley personal de las personas físicas regirá la sucesión por causa de muerte. También el art. 9. dos del Estatuto Aragonés.

En materia de nacimiento del consorcio foral opino que será ley aplicable la ley personal del causante dado que es un instituto de derecho sucesorio.

## 9. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA A MODO DE CONCLUSIONES

El instituto denominado el Consorcio Foral, que hoy contempla la Compilación en el art. 142, necesita una profunda regulación con el fin de: a) hacer frente a la complejidad de la figura y b) conseguir su adaptación al sentido histórico y actual del mismo.

En esta línea se realiza como de *lege ferenda*, y sin idea de exclusividad, las siguientes propuestas:

A.— Excepciones a la prohibición de disponer el consorte:

a) A favor de los hijos. Posibilidad de hacerlo *intervivos*, a más de lo que hoy es posible, es decir que si hoy es posible, y así lo reconoce la propia Compilación, disponer a favor de los hijos *mortis causa*, también sea posible hacerlo *intervivos*.

b) A favor de consorte, *intervivos*.

B.— Respecto al elemento objetivo del Consorcio, que según la Compilación son los bienes inmuebles, incluir el de empresas agrícolas, ganaderas, industriales o mercantiles, y ésto no sólo cuando las empresas cuenten entre su patrimonio bienes inmuebles que le sirvan de soporte físico, sino incluso cuando esta base física fuere disfrutada en régimen de arrendamiento.

C.— En cuanto a partición

a) Arbitrar un medio para que la voluntad del consorte, fehacientemente manifestada, tendente o solicitando la división opere como tal a efectos de poner fin al consorcio.

b) Arbitrar un medio —a semejanza de lo dispuesto en el art.69 de la Compilación para la sociedad continuada— para que el consorte que quiera separarse de la comunidad consorcial pueda llevar ésto a cabo sin que se presente, por este hecho, la disyuntiva de disolver el Consorcio, como, quizá, hoy alguien pueda interpretar a la vista de la redacción del 142.

Muchas gracias

### Intervención de D. Pedro MARTÍNEZ VIAMONTE

La primera de las concretas cuestiones que voy a exponer versa sobre las consecuencias del acto dispositivo realizado en contra de lo preceptuado en el art. 142.1.1.º, que como todos ya sabemos, establece que *Ninguno de los consortes puede enajenar, gravar, ni obligar la parte que le corresponde en los bienes indivisos*, y en relación ello con la protección registral a los posibles adquirentes. En primer lugar, analizaremos, siquiera brevemente, el problema de la catalogación jurídica de la disposición hecha por un consorte sin el consentimiento de los demás a la luz de la actual regulación.

Históricamente se hablaba de un acto «inválido» o «que no vale», permitiéndose el ejercicio de la acción de impugnación desde el momento del fallecimiento del consorte enajenante, y admitiéndose la usucapión en favor del adquirente, así como la ratificación o confirmación a posteriori por el resto de los consortes.

Modernamente, el profesor LACRUZ consideró que el acto dispositivo no producía efectos contra consorcio, no siendo necesaria la impugnación, pues tras la muerte del consorte enajenante se produce el acrecimiento sin necesidad de intervención judicial.

No obstante, otras opiniones, y entre ellas la de esta ponencia, mantienen que será siempre necesario ejercitar la correspondiente acción de impugnación del acto dispositivo. Incluso el profesor LACRUZ admitió esta necesidad cuando se ha creado una apariencia de transmisión válida. (Es más, en los casos de disposición mortis causa, el propio LACRUZ considera que la disposición no es nula, sino que debe calificarse de *disposición sobre cosa ajena*) JOSÉ LUIS MERINO habla de cláusula ineficaz.

Efectivamente, personalmente creo que con independencia de cómo califiquemos el acto (nulo, ineficaz, inválido...), lo cierto es que será imprescindible una declaración de ineficacia que implique la restitución de las cosas a la situación jurídica preexistente (art. 1.303 C.c.), y que en el caso de haber fallecido el consorte enajenante supondrá el acrecimiento de la cuota transmitida en favor del resto de los consortes. Aunque a primera vista parece lo lógico aplicar la sanción del artículo 6.3 del Código civil en relación con el art. 3 de la Compilación «*Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención*», personalmente opino que dicho acto dispositivo no es nulo de pleno derecho: No parece fácil adivinar la razón de orden público o interés general que pueda justificar su consideración como *ius cogens*, máxime cuando se trata de una norma de contenido patrimonial y la tradición y la regulación actual de nuestro Derecho respaldan el mayor grado de libertad posible. Por otra parte, estamos reconociendo en la práctica la posibilidad de la confirmación, siquiera con efectos *ex nunc*, y de la usucapión, que no sería admisible si el título es nulo de pleno derecho (art. 1953 C.c.); y como veremos a continuación, la protección registral al tercer adquirente. Por ello, y sin poder profundizar por razones de tiempo en una catalogación más concreta del grado de ineficacia aplicable (si el acto es anulable, incompleto, etc...), lo cierto es que entiendo que el acto dispositivo no es nulo de pleno derecho, pudiendo ser impugnado, en cualquier momento, por los demás consortes (a excepción probablemente del enajenante por la teoría de los actos propios), provocando la restitución de los bienes a la situación jurídica en que se encontraban anteriormente —sometidos al régimen consorcial—, o el acrecimiento, si el enajenante había ya fallecido.

Pero la cuestión se complica si, como es habitual, la enajenación se ha formaliza-

do en Escritura Pública y ha tenido acceso al Registro de la Propiedad, no constando en el mismo de forma expresa la existencia del Consorcio. Con independencia de los supuestos de suspensión de la fe pública registral del artículo 207 de la L.H. (las inmatriculaciones), en las que las inscripciones no surten efectos respecto de terceros hasta transcurridos dos años desde su fecha, el adquirente que reúna los requisitos del art. 34 de la L.H. quedará protegido. Es decir, tal y como señala el precepto, *el tercero que de buena fe adquiriera a título oneroso algún derecho de persona que en el Registro aparezca con facultades para transmitirlo, será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo Registro.*

No plantean especial problemática las exigencias de la buena fe, que se presume siempre, como recuerda el propio artículo comentado, ni la de la onerosidad de la adquisición. Pero sí merece especial atención, en mi opinión, la necesidad de que el adquirente sea tercero. Desde el punto de vista del Derecho Civil o General, tercero es quien no es parte, o como señalaba ROCA SASTRE *el que no es sujeto de la relación jurídica que se contempla, por estar fuera de ella y no haber participado como parte en su formación o desenvolvimiento.* El Derecho Hipotecario sólo añade a este concepto, el que el tercero sea adquirente de un derecho inmobiliario inscrito, y en base a una inexactitud registral.

Pues bien, si aplicamos esta doctrina al caso que nos ocupa, es decir, a la enajenación realizada por un consorte en contra de lo preceptuado en el artículo 142 de la Compilación, la primera conclusión a la que debemos llegar es que la relación jurídica viciada, respecto de la que debemos partir para delimitar al tercero o terceros, es la propia enajenación efectuada por el consorte y en la que el adquirente, indudablemente, es parte.

En definitiva, estimo que el adquirente del consorte que enajena indebidamente no es tercero, y por lo tanto, nunca podrá quedar protegido registralmente. Ahora bien, si esta persona vuelve a transmitir, su adquirente sí sería tercero, y si reúne todos los requisitos del artículo 34 de la L.H., su derecho devendría inatacable.

En cualquier caso, espero que en el coloquio intervenga alguno de los Registradores de la Propiedad asistentes, y opinen al respecto con mayor peso específico del que yo pueda tener.

\* \* \*

Continuando con las consecuencias de los actos dispositivos realizados por los consortes, me gustaría apuntar un aspecto abordado, con acierto en mi opinión, por mi compañero JOSÉ LUIS MERINO en su monografía sobre el Consorcio Foral. Se trata de la posible aplicación de los retractos previstos por las leyes en el supuesto de enajenaciones válidas por uno de los consortes. Efectivamente, a pesar de la prohibición del artículo 142 actual, nada obsta, y así parece considerarlo la doctrina, histórica y actual, y la práctica, a que cualquiera de los consortes puede disponer de su cuota con el consentimiento del resto de los integrantes del Consorcio. Pues bien, en estos casos y en aquellos otros que suponen una excepción a la prohibición de enajenar (JOSÉ LUIS MERINO cita los casos de inmuebles jurídicamente indivisibles y de negativa del resto de los consortes a verificar la división cuando uno de ellos lo ha solicitado), creo también que podrían ejercitarse los retractos legales previstos, es decir, el de comuneros, el de coherederos y el de abolorio ex. art. 149 de la Compilación, cuando se den los requisitos para ello. Y sin que pueda sobreentenderse en el primer supuesto —enajenación con el consentimiento de los demás—, que dicho con-

sentimiento implica la renuncia a ejercitar el derecho de retracto, puesto que se trata de dos declaraciones de voluntad independientes, y además, la renuncia de los derechos debe ser expresa.

De esta manera, se conseguiría proteger y mantener el Consorcio, evitando la división de los bienes o la intromisión de extraños, especialmente en aquellos casos en que las relaciones de uno de los consortes con el resto se han deteriorado. Añade JOSÉ LUIS MERINO su consideración de que la cuota retraída no quedaría afectada al Consorcio al no reunir los requisitos del art. 142 (la adquisición no se realiza del ascendiente ni a título gratuito), pero aunque formalmente ello es así, podría oponérsele que lo cierto es que la adquisición de la cuota retraída trae su causa de la primitiva adquisición originadora del Consorcio, y en caso contrario dejaría de cumplirse la finalidad anteriormente expresada.

\* \* \*

La tercera y última de las cuestiones que quería exponer es la relativa a los problemas de coordinación o conexión del Consorcio Foral con otros preceptos o instituciones regulados en la Compilación, y fundamentalmente, con los artículos 108 y 130.

Comenzando por este último, el regulador del llamado **Derecho de Recobro**, establece que *Los ascendientes o hermanos de quien fallece abintestato y sin descendencia recobran, si les sobreviven, los mismos bienes que hubieran donado a éste y que aún existan en el caudal*. El supuesto se plantearía, en consecuencia, cuando un ascendiente dona inmuebles proindiviso a varios descendientes, premoriendo uno de éstos abintestato y sin descendientes, surgiendo por tanto la duda sobre si debe prevalecer el recobro de la cuota del descendiente fallecido en favor del donante o el derecho de acrecer regulado en el artículo 142.1.3.º en favor del resto de los consortes.

Pues bien, las opiniones de los comentaristas al respecto son muy escasas. Con anterioridad a la publicación del Apéndice Foral, solo hallamos la de ANIÑÓN, que parecía admitir el Consorcio por vía de donación en contra de la opinión generalizada, y daba prioridad al derecho de recobro confirmando su opinión sobre la preferencia de los padres sobre los colaterales en las sucesiones.

Tras la publicación de la Compilación de 1967, podemos destacar las siguientes opiniones: JOSÉ LUIS MERINO mantiene que realmente no surge el conflicto, considerando que el Consorcio no nace mientras viva el donante, de forma que el artículo 130 se refiere al supuesto de ascendientes vivos al tiempo del fallecimiento del descendiente donatario, mientras que el artículo 142 debe referirse al supuesto de que tales descendientes hayan ya fallecido con anterioridad al ascendiente. No obstante, reconoce que esta solución choca con el tenor literal del artículo 142.

LACRUZ, se inclina por dar preferencia al derecho de recobro, entendiendo que responde a un interés más inmediato y justificado. El ascendiente recuperaría la cuota del consorte fallecido o, si se ha practicado ya la división, la porción material adjudicada a éste. Solución que comparte la profesora SÁNCHEZ-FRIERA en su monografía, añadiendo no obstante que esta preferencia no afecta al nacimiento del Consorcio, que despliega todos sus efectos con excepción del derecho de acrecer mientras viva el donante.

Hallamos un supuesto muy similar en el Derecho Común, el derecho de reversión del artículo 812 del C.c., que también plantea conflictos de conexión con otros derechos. Así, en el caso en que el bien donado pase a ser ganancial ex. art. 1353, puede colisionar con el derecho de preferente adjudicación en favor del otro cónyuge

en la liquidación de la Sociedad de Gananciales cuando se trate de la vivienda habitual del matrimonio (art. 1406 C.c.). Aunque en este supuesto son numerosos los comentaristas que han expresado su opinión, las soluciones propuestas son diversas, desde la reversión de la totalidad del bien donado, la de la mitad, o la preferencia por que no revierta nada, entendiéndose que es el propio donante quien hace desaparecer el carácter exclusivo y excluyente de la donación, calificando de modo especial la trayectoria de los bienes donados. Y de forma todavía más general, el derecho de reversión puede colisionar con el derecho de acrecer en las donaciones del art. 637 C.c., considerando la doctrina que cuando conforme al C.c. proceda el acrecimiento entre los donatarios, lo cual ocurre precisamente sólo con los cónyuges, prima el derecho de acrecer, mientras que en los demás casos sólo procedería el acrecimiento si así lo ha dispuesto el donante.

En definitiva, y volviendo al Consorcio Foral, parece que la tendencia general en los comentaristas aragoneses apunta a dar preferencia al derecho de recobro, pero sin que los argumentos aportados sean definitivos, es la solución que parece pedir el cuerpo, si se me permite la expresión, dado que en este caso el ascendiente transmitente todavía vive y sería lógico otorgarle preferencia en la recuperación de lo donado.

En cualquier caso, la futura reforma de la compilación debe solucionar este conflicto, bien eliminando la donación como título originador del Consorcio (La profesora SÁNCHEZ-FRIERA ha expuesto no obstante, en su brillante monografía, las ventajas de su conservación), bien resolviendo de forma expresa la controversia, que estimo debe favorecer al derecho de Recobro.

Por lo que se refiere al *Pacto al más viviente*, recordemos que el artículo 108 de la Compilación señala que *La recíproca institución hereditaria entre cónyuges, o pacto al más viviente, no surtirá efecto cuando al momento de la apertura de la sucesión sobrevivan hijos no comunes. 2.— Habiendo sólo hijos comunes a la disolución del matrimonio, el pacto equivale a la concesión de viudedad universal y de la facultad de distribuir la herencia. Añadiendo el párrafo tercero en su primer inciso, que es el que nos interesa, que No habiendo hijos, o fallecidos todos ellos antes de llegar a la edad para poder testar, el sobreviviente heredará los bienes del premuerto. En tal caso, fallecido a su vez aquél sin haber dispuesto por cualquier título de tales bienes, pasarán los que quedaren a las personas llamadas, en tal momento, a la sucesión del cónyuge primeramente fallecido.*

Surge el conflicto, por tanto, cuando uno de los testadores es titular de una cuota consorcial, y premuere a su cónyuge sin descendientes. Conforme al artículo 108, heredaría el cónyuge sobreviviente, mientras que aplicando el artículo 142, la cuota consorcial acrecería a los demás consortes. JOSÉ LUIS MERINO considera, creo que con razón, que debe prevalecer el consorcio foral, y cito: «oponiéndose con sus prescripciones legales imperativas a las previsiones testamentarias, y a las propias disposiciones del art. 108», ya que, recordamos, el art. 142, en su párrafo 1.2.º, prohíbe la disposición mortis causa salvo en favor de los descendientes. No obstante, el propio JOSÉ LUIS MERINO pone de relieve la posibilidad de un caso especial, que el testador fallecido deje hijos o descendientes, y una vez muerto el ascendiente, fallecieran antes de alcanzar la edad propia para poder testar, en cuyo supuesto, opina, surtiría efectos el pacto al más viviente ya que la carencia de descendientes a que se refiere el artículo 142 se determina en el momento del fallecimiento del testador-consorte. Esta postura de JOSÉ LUIS MERINO es perfectamente congruente con su concepción del Consorcio Foral, que nunca se amplía a los descendientes que hereden de uno de los consortes. Frente a ello, quienes como la profesora SÁNCHEZ-FRIERA defienden

una concepción dinámica del Consorcio, consideran que el Consorcio ya se había ampliado al fallecer el consorte con descendientes, sin que pueda tener eficacia el Pacto al más viviente respecto de la cuota consorcial.

Concluyo ya alineándome con la idea expuesta por la profesora SÁNCHEZ-FRIERA, que postula una urgente reflexión sobre la figura del Consorcio Foral, entendiendo que la institución es viable de cara al futuro, pero siempre que se adecúe a la realidad social actual, regulándola con mayor concreción y extensión, eliminando el espíritu general de gravamen o limitación que actualmente destila, y adaptándola para su aplicación a las empresas o explotaciones de tipo familiar, que creo deben ser su objeto más específico.

Nada más. Gracias.

Intervención de D. José Manuel Jarabo Rodés

## CONSORCIO FORAL ARAGONÉS ASPECTOS JURIDICO-TRIBUTARIOS

En primer lugar parece obligado comentar el porqué de este apartado dentro de la Ponencia.

Todos conocemos la importancia que la fiscalidad tiene en la creación, mantenimiento ó desaparición de determinadas figuras jurídicas ó económicas. Las denominadas «economías de opción» pueden producir sobradamente esos efectos al poner en manos del ciudadano-contribuyente la posibilidad de decidir sobre determinadas circunstancias que van a repercutir directamente en la carga tributaria que, por mandato constitucional, está obligado a soportar.

Poniendo un ejemplo de actualidad, el instrumento financiero de las «imposiciones a plazo fijo» ha caído absolutamente en desuso al ser desplazadas por los «Fondos de Inversión». No es difícil descubrir que, tras ese cambio en las preferencias del inversor ó pequeño ahorrador, se encuentra el diferente tratamiento fiscal que reciben dichas figuras.

Cada vez estamos más acostumbrados a ver en nuestra vida profesional «decisiones fiscales». A veces de una trascendencia tal que pueden alterar completamente la estructura económico-financiera y jurídica de una familia. Todos hemos conocido, por ejemplo, transmisiones de padres a hijos instrumentadas como compraventas por que «es más barato que hacer una donación», y las tremendas desviaciones que ello origina posteriormente respecto a la troncalidad de dichos bienes, y a los posibles retratos ó recobros.

En definitiva, lo que queremos poner de manifiesto, y no descubrimos nada nuevo, es que el tratamiento fiscal que se pueda dar a nuestras Instituciones Forales, va a condicionar en gran medida su potenciación y mantenimiento ó, por el contrario, su anquilosamiento y desaparición.

Entrando ya en el tema de la ponencia, debemos constatar en primer lugar que donde la fiscalidad va a presentar una mayor relevancia sobre la institución del Consorcio es cuando se da el supuesto de «acrecimiento consorcial». Es decir, en el momento en que se produce el fallecimiento sin descendientes de alguno de los consortes, y siempre que previamente no se haya procedido a la partición del indiviso, puesto que, en ese caso, habrá desaparecido el Consorcio. También, como veremos más adelante, podría darse una cierta incidencia respecto del Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos y sobre el IRPF.

Coincido con la ponente, Dra. Sánchez-Friera, en aceptar el acrecimiento consorcial como un verdadero derecho de acrecer. Sobre las teorías en cuanto a la naturaleza de dicho derecho, me remito a lo desarrollado por ella en su tratado sobre el Consorcio y más brevemente en su anterior exposición.

Teniendo por presupuesto dicho acrecimiento, es admitido por la totalidad de los autores que la cuota consorcial acrecida no proviene del consorte fallecido, sino que trae causa del ascendiente común causante del Consorcio. Citando a Lorente Sanz y Martín Ballesteros, «no se hereda por que se acrece, sino que se acrece por que se hereda; o sea que el acrecimiento es un efecto de la sucesión hereditaria del ascendiente y que hay que aplicar el derecho vigente cuando éste falleció».

Este es el aspecto que tiene especial relevancia para la defensa de la tesis que más adelante vamos a exponer respecto de la tributación actual de esta institución.

#### \*ANTECEDENTES HISTÓRICOS:

Como ya recoge la Dra. Sánchez-Friera en su monografía, la práctica de cobrar Impuesto de Sucesiones en los casos de acrecimiento consorcial arranca de la Resolución de la Dirección General de lo Contencioso de 21 de Abril de 1917. Hasta entonces no se practicaba liquidación entendiéndose que no se operaba transmisión alguna entre consortes sino una mera expansión automática de la cuota ideal que ya tenían; expansión que se daba respecto de la cuota ó porción y no de la persona, y todo ello a modo de extensión del derecho de los consortes supervivientes a unos bienes que ya tenían en potencia.

El Registrador de Ateca y Liquidador del Impuesto de Sucesiones, Don Domingo Barrio, sostuvo la opinión contraria estimando que el acrecimiento consorcial se asimilaba a una sustitución fideicomisaria, y que en base a ello, y a la ausencia de una disposición expresa de carácter fiscal respecto a la figura del Consorcio, procedía su tributación de forma semejante a como se hacía con la citada sustitución. Y promovido el correspondiente expediente, la Dirección General de lo Contencioso, en la Resolución antes citada de 21 de Abril de 1917, si bien se inclina clara y tajantemente por admitir el acrecimiento consorcial como un verdadero derecho de acrecer, estimó que se hallaban sujetas a tributación «**las adquisiciones verificadas en virtud del derecho de acrecer inherente al Consorcio foral aragonés**», amparándose en que el art. 2.º de la Ley de 2 de Abril de 1900, declaraba sujetas a gravamen las transmisiones de dominio «**por cualquier título**».

Ahora bien, en cuanto a la tarifa aplicable declaró que correspondía aplicar la derivada de la relación de parentesco entre el ascendiente común y los consortes acrecentes, prescindiendo de la que éstos tuvieran con el consorte fallecido. Es decir aceptó el criterio generalizado, ya expuesto, de que la adquisición por los consortes no proviene del consorte fallecido, sino del causante del Consorcio.

Esta doctrina fue mantenida por el Tribunal Gubernativo de Hacienda en Resolución de 22 de Octubre de 1917. Y ha seguido aplicándose hasta hoy en día, —a salvo el período 1925 a 1967 en que no existió el Consorcio en el Apéndice Foral—, en casi idénticos términos por el Tribunal Económico Administrativo Regional de Aragón en Resoluciones ya recientes de 10 de Enero de 1991 y 14 de Febrero de 1994, entre otras.

El procedimiento para someter a tributación actos ó contratos no designados expresamente por la tarifa, pasa del Reglamento de 1911 al art. 44.2 del hoy derogado Reglamento de Derechos Reales de 1959 que, si bien en principio establecía que «los actos ó contratos no consignados expresamente en la Tarifa se considerarán no sujetos al impuesto», posteriormente incluía un procedimiento específico para el caso de que el Liquidador del impuesto estimara procedente declarar la sujeción a dicho impuesto de un acto ó contrato determinado. Dicho procedimiento culminaba con una Resolución de la Dirección General de lo Contencioso que era recurrible ante el Tribunal Económico Administrativo Central.

Este procedimiento vendría a ser el mismo que en su día se utilizó por el Sr. Registrador de Ateca, y como decimos proviene del anterior Reglamento de 1911.

La Ley 41/1964, de 11 de Junio, de Reforma del Sistema Tributario, opera un

gran cambio en la situación del sistema fiscal español, y en su desarrollo se aprueba el Texto Refundido del Impuesto de Sucesiones en 1967, año a partir del cual se incorpora de nuevo la figura del Consorcio a la Compilación del Derecho Civil de Aragón (art. 142). Dicho Texto Refundido circunscribía el gravamen sucesorio a las «adquisiciones a título de herencia ó de legado de toda clase de bienes ó derechos», desapareciendo la expresión de la Ley de 1900, «por cualquier título», y además, en su art. 13.1, decía:

**«Los actos y contratos no consignados expresamente en las Tarifas se considerarán no sujetos a los impuestos regulados en esta Ley».** (La referencia a «impuestos» es debida a la regulación conjunta de los Impuestos sobre Sucesiones y sobre Transmisiones Patrimoniales).

Y teniendo en cuenta que con anterioridad, y como primer paso de esa gran reforma, había sido promulgada la Ley General Tributaria, no resisto la tentación de citar en este momento su art. 24.1, del que, en mi opinión, es consecuencia lógica el anterior, y que venía a establecer un cierto derecho del contribuyente a la «seguridad jurídica» en el ámbito tributario:

**«No se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible ó el de las exenciones ó bonificaciones».**

(Hoy ese mismo precepto y con esa misma redacción se ha mantenido tras la reforma operada por la Ley 25/1995, si bien ha sido recolocado como art. 23.3).

No obstante lo anterior, es cierto que la Disposición Transitoria Sexta del Texto Refundido de Sucesiones de 1967, disponía que mientras no se publicase un nuevo Reglamento, —que nunca se llegó a publicar—, se mantendría la vigencia del Reglamento del año 1959, si bien añadía que ello sería «en tanto no se opusiera a los preceptos de dicho Texto Refundido».

Y aquí se nos plantea el siguiente interrogante: ¿Se podría entender que con la publicación del Texto Refundido de 1967, y concretamente con su art. 13.1 antes citado, desaparecería la facultad del Liquidador recogida en el art. 44.2 del Reglamento de 1959? ¿Se opone dicho art. 44.2 a los criterios establecidos en la Ley General Tributaria (art. 24.1) y a lo dispuesto por el art. 13.1 del Texto Refundido?

Desde luego creo que existían suficientes argumentos para defender que eso era así, y que por lo tanto, a partir de la publicación del Texto Refundido de 1967, se podría haber mantenido la postura de no someter a tributación la figura del crecimiento consorcial.

#### **\*SITUACIÓN ACTUAL:**

Veamos ahora en que situación nos encontramos tras la publicación de la nueva Ley del Impuesto de Sucesiones de 18 de Diciembre de 1987 que, no olvidemos, «cierra el marco de la imposición directa, con el carácter de tributo complementario del IRPF». (Exposición de motivos).

Una primera reflexión en cuanto a la tributación del crecimiento consorcial, no es otra que la de cuestionar su tributación en sí misma con arreglo a lo que hoy dispone la vigente Ley; es decir, si cabría hoy día la interpretación ya citada anteriormente de que, en los supuestos de crecimiento, se produce sin más una expansión de la cuota consorcial sin transmisión alguna, y que ello no debería acarrear ninguna liquidación, tal como se vino haciendo hasta 1917. (Esta interpretación también fue

mantenida por la Dra. Sánchez-Friera en las Jornadas sobre Fiscalidad de las Instituciones Forales celebradas en Jaca en Septiembre de 1990, trabajo que se publicó en el n.º 88 bis de Gaceta Fiscal en Mayo de 1991).

Tal interpretación choca frontalmente con la mantenida actualmente por la D.G.A. y las Oficinas Liquidadoras, favorables a la tributación amparadas en la redacción actual de la Ley de Sucesiones, y concretamente en su art. 3, apartado a) que dice que constituye el hecho imponible del impuesto **«la adquisición de bienes y derechos por herencia, legado ó cualquier otro título sucesorio»**.

(En este punto se podría argumentar sobre el significado que el legislador tributario ha querido dar a la expresión «título sucesorio», y su coincidencia ó no con la que se le podría dar en el ámbito civil. Ver el Reglamento de Sucesiones. Art. 11 cuando dice ...«entre otros»).

En mi opinión, para zanjar el tema definitivamente y eximir de tributación la figura del acrecimiento consorcial, sería necesaria una modificación legislativa estatal que, haciendo referencia expresa al Consorcio Foral Aragonés, declarase que dicho acrecimiento entre consortes quedaba exento del Impuesto de Sucesiones ya que, si se interpretase sin más que estamos ante un supuesto de no sujeción, entraríamos de lleno en el ámbito de los incrementos de patrimonio del IRPF tal como ya apuntábamos al inicio de este apartado.

En cuanto a si la Ley de Sucesiones de 1987 es más ó menos beneficiosa respecto al tratamiento que de ella recibe la figura consorcial, la Dra. Sánchez-Friera aporta en su tratado cuadros comparativos de los que obtiene la conclusión de que, al contrario de lo que sucedía con la Ley anterior, las liquidaciones complementarias por acrecimiento consorcial efectuadas con arreglo a la nueva Ley de Sucesiones de 1987, resultan, en la mayoría de los supuestos, más gravosas que las de adquisición directa de colaterales, por lo que, en su opinión, **«la figura foral sale notoriamente perjudicada»**.

En el aspecto práctico, y respecto al tratamiento tributario que se aplica hoy en día a los casos de acrecimiento entre consortes, se sigue aceptando la consideración de que la adquisición proviene del ascendiente común y no del consorte fallecido. Precisamente por el carácter de «acrecimiento» expresado por la Compilación.

Con base en ello, por la Diputación General de Aragón ó en su caso por las Oficinas Liquidadoras del Impuesto se practican liquidaciones complementarias, —a modo de adición de herencia—, de las que en su día se emitieron con motivo de la transmisión lucrativa del ascendiente común en favor de los consortes, si bien para dichas liquidaciones se tienen en consideración los siguientes extremos:

a) El parentesco entre los consortes que acrecen y el ascendiente del que se adquirieron los bienes originariamente, y no el de los consortes entre sí. Esto produce sus efectos en cuanto a la aplicación de la tarifa, de los mínimos exentos, —que en muchos casos ya se habrán agotado—, y del coeficiente multiplicador.

b) El valor de la cuota acrecida, se acumula al resto del caudal recibido del primer causante por cada uno de los consortes que acrecen, lo que tendrá el efecto de elevar el tipo medio por ser la tarifa progresiva. (Tanto en donación como en herencia o legado).

Además, y esto es criterio personal mío, el patrimonio preexistente del consorte que acrece deberá ser el que tenía en el momento en que adquirió su primera cuota

consorcial puesto que, con posterioridad a dicho momento, puede haber sufrido variaciones bien al alza ó a la baja. Esto tiene trascendencia igualmente a la hora de la aplicación de los coeficientes multiplicadores.

c) Las liquidaciones complementarias por acrecimiento son practicadas con arreglo a la Ley vigente en el momento de la transmisión en la que se originó el Consorcio. Es decir que puede seguir habiendo liquidaciones complementarias que se realizarán según la legislación anterior (T.R. de 1967).

Otro punto importante a tener en cuenta, y sobre el que no existe un criterio uniforme, es el de si dichas liquidaciones complementarias se deberían realizar teniendo en cuenta la valoración que se dio a los bienes originariamente, ó procedería una nueva valoración referida a la fecha de fallecimiento del consorte. (La DGA viene practicando nueva valoración, lo que no parece encajar mucho con la acumulación ó complemento de la herencia ó donación del ascendiente común).

Mi opinión al respecto es que, siendo consecuentes con el carácter complementario de la nueva liquidación, se deberá mantener la valoración que se asignó a los bienes en la sucesión del causante del Consorcio. (Entiendo igualmente que no debe haber devengo de intereses puesto que, la cuota correspondiente a la porción que ahora se acrece, ya fue satisfecha a la Administración cuando se liquidó por su adquisición al consorte fallecido, y por lo tanto no se da el presupuesto indemnizatorio del interés de demora).

Respecto del Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de Terrenos, lo que viene haciendo, al menos el Ayuntamiento de Zaragoza, es realizar una liquidación por la parte acrecida tomando como fecha inicial la de la transmisión en la que se origina el Consorcio y como fecha final la del fallecimiento del consorte, es decir como si de una herencia directa de éste último se tratara.

La incidencia en este caso es menos significativa puesto que no influye el parentesco ni se trata de unas tarifas progresivas, aunque también se tienen en cuenta los años de generación en la determinación del tipo. Aquí el perjuicio lo es para los herederos del consorte fallecido que ven disminuida su herencia en el importe del impuesto que en su día fue satisfecho por su causante (el consorte fallecido).

#### **\*PROPUESTAS DE LA PONENCIA:**

A la vista de todo lo anterior, y a mi juicio, *sobre la porción de bienes ó cuota consorcial que es objeto de acrecimiento, y con origen en una misma transmisión, (mortis causa ó inter vivos), SE PRODUCE UNA DOBLE TRIBUTACIÓN.* En un primer momento lo hizo el consorte fallecido, y en una segunda fase los consortes acrescentes.

¿Podría eliminarse esa circunstancia para, a pesar de no poder darle un trato fiscal favorable, no perjudicar al menos el patrimonio familiar y contribuir así al mantenimiento de la institución?

En líneas generales se trataría de poder devolver ó compensar, en su propio impuesto de sucesiones y a los herederos del consorte fallecido, la cuota que en su día fue satisfecha por la adquisición de unos bienes que, tras el fallecimiento del consorte sin descendientes, y por ministerio de la ley, son extraídos de su caudal hereditario.

Pienso que esto es posible actualmente con una interpretación extensiva del art. 26 apartados d) y e) de la vigente Ley del Impuesto, y del art. 52.1, párrafo segundo de su Reglamento; entendiendo que, como los consortes, en principio, podrían llegar

a disponer de los bienes ya por acuerdo ó bien por previa partición del indiviso, es **correcta, en un primer momento, la liquidación a todos los consortes por el pleno dominio**. No obstante, para el caso de que surja el «acrecimiento» por haber fallecido alguno de ellos sin descendientes y sin haberse realizado con anterioridad la división de los bienes, podría evitarse la doble tributación mediante la **devolución, ó compensación si cupiese, a los herederos del consorte fallecido, —que podrían ser incluso los otros consortes—, de la parte de cuota satisfecha inicialmente por el consorte fallecido que corresponda a la nuda propiedad de los bienes «acrecidos»,** con lo que el resultado final sería que el consorte fallecido habría satisfecho únicamente la parte de cuota que hubiera correspondido a un Usufructo vitalicio, que sería lo que, desde un punto de vista económico, habría detentado efectivamente hasta su fallecimiento.

Es de resaltar, en apoyo a lo expuesto, que el art. 26 de la Ley se titula «*Usufructo y otras instituciones*», en las que se podría tener por incluida perfectamente la figura del Consorcio Foral.

No obstante la interpretación propuesta, otra vía de solución se nos abre tras la publicación de la «**Ley 14/96, de 30 de Diciembre, de cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas y de medidas fiscales complementarias**», que en su art. 13, Tres, párrafo segundo, establece la posibilidad de que, por parte de las Comunidades Autónomas, se establezcan «otras reducciones» en la base imponible que respondan a circunstancias de carácter económico ó social.

Haciendo uso de la posibilidad citada, y contando con la voluntad de nuestros legisladores, se podría estudiar el establecimiento específico por nuestra Comunidad Autónoma de una reducción en la base imponible correspondiente a la herencia del consorte fallecido, que viniera a compensar de alguna forma el impuesto que en su día hubo de satisfacer dicho consorte por los bienes que no va a poder transmitir a sus herederos.

Por similitud con la solución anteriormente propuesta, aunque se pueden estudiar otras posibles formas de cuantificar la reducción propuesta, esta podría ser el equivalente al valor de la nuda propiedad de los bienes objeto de acrecimiento. Dicho valor se debería calcular teniendo en cuenta la edad alcanzada por el consorte fallecido, y tomar como base el valor que se asignó a los bienes acrecidos en el expediente de comprobación subsiguiente a la herencia del causante del Consorcio.

Por último y en una breve referencia al IRPF, resaltar que, en los supuestos de transmisiones onerosas ó lucrativas inter vivos realizadas por los consortes supervivientes en un momento posterior al del acrecimiento y que, en principio, son susceptibles de producir en ese impuesto incrementos de patrimonio, **a la hora de precisar la fecha de adquisición de lo enajenado** a los efectos de la aplicación de los coeficientes correctores por los efectos de la inflación, ó incluso los de abatimiento para bienes adquiridos con anterioridad al R.D. 7/96, es mi criterio que **se deberá tomar la de adquisición de la primera cuota consorcial**, prescindiendo de la de los posibles acrecimientos. Esto sí puede significar un importante beneficio fiscal respecto del incremento que corresponde proporcionalmente a la parte acrecida.

## COLOQUIO

Moderadora: Carmen MAESTRO ZALDÍVAR  
 Procuradora de los Tribunales

Vamos a iniciar el coloquio. Como siempre, os ruego que al plantear la cuestión, os identifiquéis y que indiquéis a quién va dirigida la pregunta o cuestión que planteéis. ¿Alguien quiere preguntar algo?

*Carlos de Francia. Abogado.*

Tengo una duda de gran transcendencia práctica para nosotros los Abogados que tiene relación con el consorcio foral frente a terceros. En el consorcio foral la cuota de cada consorte es indudablemente un derecho embargable, de tal manera —estoy reflexionando en voz alta para ver si la ponencia está de acuerdo o si me corrige o amplía— de tal manera, digo, que el consorte deudor puede ser sujeto de un procedimiento judicial en el que se puede embargar su participación en el consorcio.

¿Qué ocurrirá entonces? ¿Podría ocurrir que si va a adelante la ejecución y tiene lugar la subasta, no habría en principio adjudicación definitiva toda vez que existiría un derecho de tanteo o de retracto de comuneros o de coherederos o de abolorio a favor de los demás consortes, lo que obligaría al juez a comunicar a éstos el precio de remate para que pudieran ejercitar su derecho preferente?

Pero imaginemos que ninguno de ellos adquiere esa cuota de su consorte deudor y que la adquiere de un tercero, ¿qué ocurriría entonces? ¿Ese tercero tendría derecho, como adjudicatario de la cuota del consorte deudor, a formar parte del consorcio foral; o automáticamente se produciría una disolución del mismo, tanto en cuanto había entrado en el ámbito del consorcio un cuerpo extraño a esta institución?

Éstas son dudas que se me han planteado y que yo planteo a la Ponencia por si puede despejarlas. Muchas gracias.

*Carmen Sánchez-Friera. Ponente*

Yo creo que ese adjudicatario de cuota no tendría la cualidad de consorte, es decir la cuota era consorcial pero el adjudicatario no entra en consorcio.

Pienso que podría llegarse a esa situación que presenta porque admito perfectamente que por deudas del consorte se le embargue a éste su parte, pero para ejecutar ese embargo hay que, previamente, partir y partirán los acreedores en vía de subrogación o partirá el juez en ejecución de sentencia, si así se ha solicitado. Y así mandará partir obligatoriamente y con la parte correspondiente a ese consorte deudor que se adjudica a ese tercero, se pagará lo que haya que pagar al acreedor. Por lo tanto, el adjudicatario adquiere una parte, una cuota, en principio consorcial pero ya no consorcial porque ha tenido lugar una partición previa.

De todas formas, pienso que el adjudicatario nunca podía entrar en el Consorcio teniendo en cuenta que las comunidades consorciales se caracterizan por dos notas: Una, el carácter familiar del vínculo que liga a sus miembros, y además el patrimonio familiar que es su objeto. Entonces, ese adjudicatario no entraría a formar parte del consorcio. Tampoco necesariamente se disolvería el consorcio.

Eso es lo que yo pienso. No sé si mi opinión es compartida.

*Pedro Martínez Viamonte. Coponente*

Yo creo que lo que plantea es que no se llegue a disolver el consorcio, sino que se le adjudique al acreedor la cuota del consorte embargado.

*Carmen Sánchez-Friera. Ponente*

Eso pienso.

*Carlos de Francia. Abogado*

Cuando se embargan bienes de la comunidad conyugal o sociedad de gananciales por deudas de uno solo de los cónyuges, el otro puede pedir que se disuelva la comunidad.

Podría ser una solución el decir el juez: bueno, pues como esto es un consorcio foral, como no han ejercitado el retracto el resto de los consortes, pues voy a disolver esta comunidad.

Pero claro, sería una disolución por ministerio del juez, no de la ley, y sin pedir-la nadie. A mí no me cuadra eso.

*Carmen Sánchez-Friera. Ponente*

Los acreedores pueden ejercitarla por vía de subrogación.

*Carlos de Francia. Abogado*

Pero habría que introducir a los acreedores en ese procedimiento de disolución del consorcio o mandarlos a otro procedimiento declarativo. Eso sería muy complicado.

*Carmen Sánchez-Friera. Ponente*

Pero el juez no puede ordenar partir.

*Carlos de Francia. Abogado*

No, no, no está previsto en ninguna parte, yo no veo la posibilidad.

*Pedro Martínez Viamonte. Coponente*

Yo creo que se le adjudicaría simplemente la cuota, independientemente de que luego ya estaría en condiciones de solicitar la disolución de la comunidad por la vía ordinaria, al menos en cuanto a su parte.

*Carmen Sánchez-Friera. Ponente*

¿Pero con sujeción a qué regla consorcial funcionaría?

*Pedro Martínez Viamonte. Coponente*

Subsiste el consorcio en cuanto al resto de los consortes.

*Carmen Sánchez-Friera. Ponente*

¡Ah!, eso sí.

*Carlos de Francia. Abogado*

Correspondería la disolución inmediatamente después que la cuota embargada del consorte deudor fuera adjudicada definitivamente en subasta a un tercero. Creo

que sería uno de los casos de disolución del consorcio foral que a lo mejor habría que considerar.

*Pedro Martínez Viamonte. Coponente*

Cabe la posibilidad de una comunidad compartida e incluso por su propio origen, cuando sólo alguno de los comuneros reúnan las condiciones para ser Consortes. O sea, un mismo bien inmueble se adjudica en cuanto a dos terceras partes a los hijos y una tercera parte restante al cónyuge viudo. Se crea un consorcio en cuanto a dos terceras partes y en cuanto a la tercera parte restante hay una doble comunidad.

*Carlos de Francia. Abogado*

Pero una doble comunidad en una institución que ya es muy polémica, que a lo largo de la historia y como el Guadiana aparece y desaparece y que, además, es muy complicada, no podemos complicarla aún más con una comunidad añadida a otra comunidad peculiar. Bueno, en cualquier caso, me han contestado. Muchas gracias.

*David Arbués Aisa. Abogado*

Voy a seguir con la cuestión de Carlos de Francia. Opino que el problema es que no se puede subastar una cuota consorcial, la subasta es una venta y no se puede vender, es mi opinión, bueno, luego ya veremos. Si no se puede vender, no se puede vender forzosamente. No quiero decir con eso que se perjudique al acreedor. El acreedor tiene medios... para conseguir llegar a subastar ese derecho. Lo que no puede es, sin previamente disolver el consorcio, enajenar, ya con que sea solicitar un juez que enajene, ¿y cómo lo puede hacer? Subrogándose en los derechos que tiene ese consorte de pedir la disolución del consorcio, que lo deberá hacer previamente al solicitar la subasta judicial. Es decir, ... para subastar se tendrá que subrogar y disolver el consorcio.

Si no se disuelve el consorcio, difícilmente lo que no se puede hacer voluntariamente no se puede hacer forzosamente, porque el acreedor tiene todos sus derechos, pero el resto de los consortes también lo tienen y no tienen la culpa de que su primo hermano deba dinero a nadie. Que se disuelva primero el consorcio.

Y aprovechando que ya tengo el micrófono en la mano, quería lanzar la pregunta que iba a hacer... a renglón seguido. La pregunta es: suponiendo una disposición común de tres consortes, si una de las tres disposiciones es nula, es declarada nula por algún motivo, por el que sea, ¿supondría la nulidad de toda la disposición? Porque claro, ya todos los consortes no han dispuesto.

*Carmen Sánchez-Friera. Ponente*

La pregunta es compleja. En principio pienso que no sería necesariamente nula. Por otra parte tenemos que el consorcio no responde de los actos de los consortes y así observamos que en los fueros se establece —para el supuesto de lo que hoy llamaríamos la responsabilidad extracontractual— (dado que hablan de responsabilidad delictual, es decir, de todo tipo de responsabilidad no contractual) la responsabilidad del consorte y en ese caso al consorte responsable se le obligaba a partir, partición respecto a él, pero no se obligaba a disolver el consorcio.

Es decir, que todos los consortes no eran responsables de lo que uno de ellos hacía.

En cualquier caso pienso que el consorte responde de sus deudas si bien el cauce procesal es una cosa que habrá que determinar. Eso es otra cuestión. Pero que se responde de las deudas individualmente sin que los otros se vean afectados ni en su participación consorcial, ni en una disolución no querida creo que es claro. Ésa es mi postura, claro. No sé si la compartes.

*Pedro Martínez Viamonte. Coponente*

Bueno, yo en cuanto a la primera parte, simplemente apuntar que el adjudicatario no se puede subrogar nunca en el derecho de los consortes a ejercitar el derecho a la división, sino que ejercita su propio derecho como comunero a la división.

*Carmen Sánchez-Friera. Ponente*

¡Claro! Lo malo es que no quiera.

*David Arbués. Abogado*

Porque claro, si hablamos de un adjudicatario es que ha habido subasta.

*Pedro Martínez Viamonte. Coponente*

Es que yo creo que se puede subastar perfectamente, ¿por qué no?

*Honorio Romero. Notario*

En primer lugar, quiero felicitar a la ponente y a los coponentes, porque habéis hecho un trabajo realmente bueno, sin perjuicio de que voy a plantear posiciones completamente distintas.

En derecho histórico, el consorcio aragonés aparece en los Fueros y Observancias, como exponen Carmen Sánchez-Friera y José Luis Merino, pero no hay que ocultar aquí tampoco que el consorcio foral desdee mil ochocientos y pico fue una institución criticadísima dentro de la doctrina aragonesa: Martón, Santapau, Gil, Isábal... todos.

En una votación que hubo en el Congreso de Jurisconsultos de Zaragoza celebrado en 1880 se votó por la supresión del consorcio foral.

No se incluyó tampoco en el Proyecto de Código Civil aragonés de 1890.

Las sentencias de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 1917 y 1924 criticaron durísimamente el consorcio foral, aunque decían que había que aplicarlo porque estaba vigente, pero se hacían eco de la crítica doctrinal y profesional a la institución.

El Apéndice Foral aragonés no lo recogió.

En cuanto a la Compilación, si no recuerdo mal ahora, en el Anteproyecto de 1961 y en el de 1962 no se recogía tampoco. Fue en los últimos proyectos de Compilación cuando se recogió la redacción del actual artículo 142.

Esto me da pie a mí para apoyar un poco mi postura. Lo hemos discutido en el Colegio Notarial de Zaragoza. Había pocas personas que me apoyaran. Me tienen que convencer. No sé si por deformación profesional o por una simbiosis que tenemos todos de mezcla de Derecho Común y Derecho Foral, pero creo que es así.

También quiero resaltar aquí que en una encuesta que hicimos en el Colegio Notarial de Zaragoza entre todos los Notarios ejercientes en Aragón se votó que la institución más inadecuada del derecho aragonés es precisamente el consorcio foral.

El consorcio foral no solamente trae distorsiones dentro del ámbito aragonés, sino que podemos poner casos en el ámbito interregional de imposible solución.

La interpretación que podemos hacer del artículo 142 es una interpretación histórica y una interpretación literal. Es esencial en este punto la distinción entre comunidad germánica y comunidad romana. En la comunidad germánica los titulares no tienen cuotas concretas sobre bienes concretos y no pueden disponer sobre esos bienes concretos, lógicamente. En la comunidad romana, los titulares tienen cuotas concretas sobre bienes concretos y pueden disponer sobre esas cuotas: es decir, tienen principio de libre disposición.

Entonces, cuando el artículo 142 de la Compilación nos dice que cuando varios hermanos o hijos de hermanos adquieran de un ascendiente «proindiviso», este «proindiviso», ¿qué es lo que quiere decir?, ¿a qué se refiere el artículo 142 cuando dice «proindiviso»?

Yo estaría conforme con todo lo que habéis dicho y lo que dicen muchos compañeros si no existiera ese término «proindiviso». El concepto de «proindiviso» nos lo da el artículo 392 del Código Civil: «...cuando la propiedad de una cosa o de un derecho un derecho pertenece proindiviso a varias personas.» Este proindiviso lo ha tenido que constituir el consorte.

La pregunta os la podría haber hecho de otra manera en vez de esta introducción tan larga: si en una herencia el causante deja por partes iguales herederos a sus tres hijos, en vuestra opinión hay consorcio foral. En mi opinión, en cambio, no hay consorcio foral porque ahí no hay ningún proindiviso. Hay una comunidad germánica. Puede decirse que es una comunidad germánica o comunidad romana especial —que dicen algunos—, pero ningún autor (Cámara, Vallet...) dice que en estos casos, los titulares de esa comunidad hereditaria puedan disponer de participaciones en bienes concretos, no pueden.

Entonces, en este proindiviso, volviendo al ejemplo, si instituye herederos a los hijos por partes iguales, en vuestra opinión y en la de la mayoría, hay un consorcio foral. En la mía, entiendo que no hay consorcio foral y mi pregunta es la siguiente:

Si los tres hijos parten la herencia, van a una notaría y exponen que el único bien es un inmueble sito en Zaragoza... y que se lo adjudican por terceras e iguales partes indivisas: ¿subsiste el consorcio o no?

Debemos tener en cuenta además el caso de las empresas familiares, que hoy día, en su mayoría, adoptan la forma de sociedad limitada o sociedad anónima. Imaginad, con toda la problemática que plantean, con ampliaciones de capital..., si además lo complicamos con el consorcio aragonés.

#### **Carmen Sánchez-Friera. Ponente**

No me parece tan difícil el consorcio para adaptarse a la realidad social actual.

Es decir, pienso que algunas veces se complican las cosas. Empezando por lo primeramente mencionado por el Sr. Romero, la enemiga ésta que trae la figura, de siempre jamás.

¡Buena! siempre jamás, no. Fundamentalmente es en el siglo XIX y al respecto debe tenerse en cuenta que la doctrina jurídica del siglo XIX —en lo que afecta al consorcio— (y exceptuando a Isábal) es lastimosa, en el sentido de que copia y copia sin aportar idea alguna. Copia todo lo que dijo Portolés, y además lo copia mal. Es decir, lo interpreta a su manera porque a Portolés es muy difícil de leerlo, es de la

Escuela Escolástica. Entonces, si no se pierde mucho tiempo con él, pues a lo mejor se dice lo que no decía él.

Una vez que Portolés hizo su monografía sobre el Consorcio lo copiaron sistemáticamente todos.

Es odioso, repiten, porque quita la libertad de disponer individualmente. Esto se explica, quizá, porque estaba en aquellos momentos, en el XIX, en todo su apogeo el concepto liberal de la propiedad. De forma que una propiedad familiar como es ésta del consorcio, con unas reglas que van a proteger a sus componentes como grupo pero nunca a proteger al individuo como tal pues tenía que chocar.

Es decir, que el rechazo que se sentía hacia el consorcio, a mi modo de ver, estaba motivado por el distinto concepto de propiedad que representaba.

Se venía de una fuerte vinculación de la propiedad y por contra se quería una propiedad libre, suelta, individualista. Que se pueda disponer de la parte en titularidades plurales, a resultas de la partición o no, eso es un problema registral. Se dispone de la parte en la comunidad proparte.

También contribuye a esta imagen negativa el concepto equivocado bajo el que se consideraba el consorcio, ya que se conceptuaba mal, como una vinculación. Y no es ningún tipo de vinculación sino que es una comunidad con unas reglas de actuación deferentes a las que rigen la comunidad proparte, similar a cómo actúan cierto tipo de sociedades. Casi exactamente igual.

La única diferencia que hay, pues, ¿qué es? Pues que el consorcio nace *ope legis* y en las sociedades los socios se han juntado y han creado su sociedad. La sociedad *omnia bonorum* nace a semejanza del consorcio.

Entonces, es como una sociedad pero sin pactos previos. Ocurre que tácitamente se está manteniendo lo que la ley ha creado. Pero ¿es que en una sociedad cada uno puede vender su parte y subrogar a otro cuando le plazca?

No. ¡Pues aquí tampoco!

Es decir, son unas reglas de actuación consistentes en que sus miembros actúan todos juntos, y que como está protegiendo o gestionando el patrimonio familiar pues tiene reglas que procuran que se conserve junto para esa familia.

Se puede divergir ¡claro!, yo llegué a apreciarlo a fuerza de pensar en él; no es que al principio a mí me gustara demasiado. Realmente ya he olvidado la impresión que me produjo el art. 142 cuando lo leí por primera vez —¡qué sé yo a cuándo me remonto!—.

Lo que creo es que la primera lectura del 142 a mí, desde luego, no me enamoró. Recuerdo que cuando el profesor Lacruz me dijo que hiciera la tesis sobre el consorcio, mi primera reacción fue decirle que no. Pero dijo que sí.

Y yo no me atreví a insistir mas. Porque yo le propuse alternativamente otra figura, no, eso no, dijo: el consorcio necesita investigarse porque es una figura muy compleja, no hay investigación. Obedecí.

Entonces, con el tiempo, le he tomado cariño. No sé, a fuerza de pensar y pensar en él le veo apto para hacer un buen juego hoy en día. Una figura nada caduca. Porque, francamente, en una empresa familiar, lo que no se quiere es la comunidad hereditaria tipo Código Civil, porque viene uno de los hijos, vende a un extraño y ahí tenemos una distorsión enorme en esa comunidad, en esa empresa.

El Código Civil dice: ¡se puede partir!, pero ¡es que no quieren partir! ¡quieren continuar!

Es una empresa que ha creado su abuelo o su padre y que es productiva y la quieren continuar.

Por contra, en esta comunidad a *mano común*, la consorcial, la cuota es verdad que no es disponible, ni tienen los comuneros consortes en ella un poder exclusivo sobre la misma, porque no representa un valor actual, sino que representa el valor que tendrá el consorte el día que se disuelva el consorcio.

Entonces, hablar de cuotas es imprescindible, pero sabiendo el valor que tiene aquí ese concepto.

Lo que no tiene aquí la cuota es esa disponibilidad *intervivos*, incluso *mortis causa*, que tiene la cuota en la comunidad hereditaria Cc. Y no me diga que en la comunidad hereditaria no se puede disponer sobre bienes concretos.

¡Claro que no se puede disponer sobre bienes concretos de esa comunidad!, pero sí sobre cuotas ideales de esa herencia y siempre a resultas de las partición. Es por eso que yo la he calificado como comunidad proparte o comunidad romana.

Sobre bienes concretos de esa comunidad (Cc), sí que opera la *mano común* porque todos sus componentes en conjunto tendrían que vender el bien concreto de la herencia. Entonces yo por eso separo a ambas y también la catalogación de la cuota, en los mismos términos.

Ahora, ¿qué quiere que le diga? Que aquí estamos reflexionando. Ni yo quiero imponer. ¡Pero hombre! traer ahora la doctrina del siglo XIX, a mí me parece que está *demodé*. Es decir, que respecto al derecho de propiedad ahora ya no pensamos como en el XIX. Ahora tenemos un concepto distinto de la propiedad, y sobre todo yo he hablado con empresarios que quieren que los hijos continúen la empresa y encuentran muy correcto el mecanismo consorcial. Es decir, no quieren que, en caso de fallecer alguno de sus hijos sin descendencia, entre en la empresa una persona ajena o al menos no tan cercana en parentesco.

Es decir, es un mecanismo, el consorcial, en el que todo se hace en familia y además el consorcio no es una comunidad estática sino dinámica, que gestiona, adquiere bienes, los vende, y todo forma el haber consorcial.

Es que yo no le veo vinculación. Yo veo una sociedad sin acto expreso de constitución. ¿Que quiere uno separarse? Que se separe y marche.

Sólo separa el consorcio de la sociedad, a mi modo de ver, que no hay un contrato que lo constituya con cláusulas establecidas, sino que nace inexorable, dándose los requisitos de la ley. Y si tal como está en la Compilación no resuelve por falta de adaptación a la realidad ¡Ah!, pues se cambia. Quiero decir que eso no es esencial.

**Honorio Romero. Notario**

Yo me quedaré en el siglo XIX pero es que aquí los defensores del consorcio se quedan en el fuero y la Compilación.

**Carmen Sánchez-Friera. Ponente**

¡No! ¡Qué va!

*Honorio Romero. Notario*

Vamos a hacer un esfuerzo entre todos. A mí me interesa mucho esta cuestión.

El término proindiviso que utiliza el 142 ¿cómo lo vamos a interpretar?

O sobra el proindiviso, o como consecuencia de una interpretación histórica, eso es otra cosa.

Lo que no podemos mezclar es el proindiviso y meterlo en la comunidad hereditaria.

A eso me niego.

Porque eso es una barbaridad jurídica. Eso es una barbaridad jurídica.

Si se dice que se adquieren bienes en proindiviso en una comunidad hereditaria, el que decide... que se adquieren los bienes proindiviso, vamos, no lo entiendo, me tendrán que convencer.

Yo no me he dedicado pleitos al consorcio pero a la comunidad hereditaria se los he dedicado todos.

Luego queda otro problema pendiente que habéis planteado que es la preferencia del recobro con el consorcio, que también es discutible.

*Pedro Martínez Viamonte. Coponente*

Yo no estoy de acuerdo contigo en que la institución sea inadecuada, lo que es inadecuado es el artículo 142, totalmente. Totalmente.

Y, posiblemente, uno de los elementos que configuran esta inadecuación es la expresión proindivisión, que tú analizas con una construcción jurídica muy original, pero actualmente, o sea, muy moderna, que lógicamente no puede compararse con el origen y la regulación del consorcio foral.

Tu construcción es coherente actualmente.

Entonces la solución, quizá, es entender que hay que modificar el artículo y quitar, probablemente, la expresión proindivisión.

En el supuesto que tú has planteado, lógicamente si los herederos se limitan a aceptar y a posteriori se adjudican en proindiviso los bienes, ya no los están adquiriendo de ascendiente en proindiviso.

Lógicamente, se lo han adjudicado ellos en proindiviso.

*Honorio Romero. Notario*

Luego, estás apoyando mi postura.

*Pedro Martínez Viamonte. Coponente*

Sí, con tu construcción jurídica porque directamente podrían ir a la partición.

*Honorio Romero. Notario*

No, no, si no es mi construcción jurídica. ¿Cómo se interpreta literalmente? Las normas, Pedro, se interpretan literalmente, de acuerdo con la realidad social, con los antecedentes, con todo. Pero el primer elemento que debemos tener en cuenta, interpretar una norma jurídica es el tenor literal de esa norma.

Y el tenor literal del proindiviso, yo no me convence nadie, y creo que soy una persona abierta en las discusiones jurídicas.

*Pedro Martínez Viamonte. Coponente*

Si no te quito la razón, lo que quiero decir es que la expresión proindivisión no es interpretada modernamente igual que antes, especialmente en la comunidad hereditaria.

*Honorio Romero. Notario*

Si no es cuestión de moderneces. El 322 ha estado en el Código Civil desde 1889.

Las tesis de la comunidad hereditaria, bueno, ... ya está jubilado y Cámara pues a punto de jubilarse, y hace muchos años que llevan escribiendo.

*Carmen Sánchez-Friera. Ponente*

Pues quizá es una mala redacción del 142. Pero yo pienso que, acertadamente o no (porque he dicho que es una traducción casi literal, no literal, porque ahí se ha omitido cosas como el poder disponer a favor del consorte y es que se están traduciendo textos muy antiguos) se tradujo así. De forma que el legislador del sesenta y siete al introducirlo, un poco a calzador, causó, quizá, que ahora estemos sufriendo las consecuencias, que ni se entiende su cometido y finalidad y no parece sino que sólo presente problemas.

Pero yo pienso que teniendo en cuenta lo que significa o qué es, no debía de producir más problemas, siempre que seamos conscientes de que, a lo mejor, la traducción no ha sido lo más feliz del mundo. Y entonces, esa proindivisión en los términos que usted la plantea, que bueno, jurídicamente, digamos, defendible. Pero yo lo veo como una comunidad.

*Honorio Romero. Notario*

Si hay comunidad, pero cuando la constituye el causante disponente.

*Carmen Sánchez-Friera. Ponente*

En la sucesión abintestato hay comunidad.

*Honorio Romero. Notario*

Comunidad hereditaria, no comunidad consorcial.

*Carmen Sánchez-Friera. Ponente*

Para mí son idénticas si se dan los requisitos del 142.

*Honorio Romero. Notario*

A ver quién me explica en una sucesión abintestato los herederos adquieren proindiviso los bienes inmuebles.

*Carmen Sánchez-Friera. Ponente*

Si los adquieren.

*Honorio Romero. Notario*

¿Quién me explica eso? Yo pienso que no.

*Carmen Sánchez-Friera. Ponente*

Si no hay división de partes concretas. Si se tienen cuotas ideales, se entiende que no está dividida.

*Honorio Romero. Notario*

Pero para mí eso no significa proindiviso, que quede claro. La indivisión no significa proindiviso.

*Carmen Sánchez-Friera. Ponente*

Estoy diciendo que, posiblemente, sea una traducción desafortunada, pero es una herencia en indivisión.

*Honorio Romero. Notario*

¿Mari Carmen, entonces con qué nos quedamos, con el tenor literal o con los antecedentes históricos? Si es que aquí hay una división. Es que ese problema lo tenemos en los dos casos.

*Carmen Sánchez-Friera. Ponente*

Nos quedamos con el espíritu de la figura. Y redactada pronto y bien. Es decir, que necesita urgentísimamente una mejor redacción, pero de diez artículos al menos. Para prever todo bien, creo que sería muy acertado que hiciera un avance el Cuerpo de notarios que está en contacto con la realidad.

*Honorio Romero. Notario*

Las comisiones ya están funcionando.

*Carmen Sánchez-Friera. Ponente*

Ya. Pero me parece que la labor, por su complejidad, puede tardar. ¿Todo el Derecho Sucesorio es una labor ingente!

En cualquier caso la receta para el consorcio pienso que sería: buena voluntad, ver el espíritu de la institución, no tomar al pie de la letra el 142 por su desafortunada, digamos, transmisión del espíritu y finalmente no verlo muy complicado. Yo pienso que verlo sencillo en su trazado.

*Honorio Romero. Notario*

Si yo lo veo sencillísimo. Yo lo veo sencillísimo. Pero no así.

*Carmen Sánchez-Friera. Ponente*

Ya.

*Honorio Romero. Notario*

Tu lo ves sencillísimo de otra manera.

*Carmen Sánchez-Friera. Ponente*

Claro.

*Honorio Romero. Notario*

Y yo lo veo sencillísimo de otra manera.

*Carmen Sánchez-Friera. Ponente*

Ya, ya, y todo me parece respetable.

*Honorio Romero. Notario*

Desde luego, de la forma que lo he planteado yo es mucho más sencillo porque nos quita el 99% de problemas.

*Carmen Sánchez-Friera. Ponente*

Porque quieres quitar el consorcio.

*Honorio Romero. Notario*

No, no, no.

*Carmen Sánchez-Friera. Ponente*

Entonces, de un plumazo... Se soluciona.

*Honorio Romero. Notario*

Pues, sí.

*Carmen Sánchez-Friera. Ponente*

Claro. Claro. Pero estamos para dialogar, no para suprimir.

*Pilar Avellanas. Fiscal*

Es una pregunta muy corta. Le afecta al consorcio aragonés las últimas modificaciones fiscales que ha habido tanto en junio como en diciembre de 1996, en que efectivamente, en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones, la transmisión de empresas familiares tiene una bonificación de un 95%, es decir, cuando se liquida a la DGA está exento un 95% que la afecta, con la obligación de que los herederos no puedan vender en diez años. ¿Le afecta al consorcio?

*José Manuel Jarabo. Coponente*

Yo entiendo que si la adquisición hereditaria se produce cumpliendo los requisitos que establece precisamente la ley, creo que es una modificación de la Ley del Impuesto del Patrimonio donde quedan los requisitos que se tienen que cumplir para tener derecho a esa bonificación.

Mientras se cumplan los requisitos, yo entiendo que se dará la bonificación pero el consorcio pienso que va a ir por otra vía diferente. No veo que haya relación entre esas bonificaciones y el consorcio foral.

*Pilar Avellanas. Fiscal*

No, yo lo digo porque en la materia del consorcio pienso que las dos finalidades fundamentales es mantener un patrimonio familiar.

*José Manuel Jarabo. Coponente*

Correcto.

*Pilar Avellanas. Fiscal*

E, indudablemente también, pagar menos a Hacienda de una manera legal.

*José Manuel Jarabo. Coponente*

Hasta ahora no.

*Pilar Avellanas. Fiscal*

Entonces una manera de mantener un patrimonio familiar poniendo una serie de limitaciones también que afectan al consorcio.

*José Manuel Jarabo. Coponente*

Es que, realmente, hasta ahora, el consorcio foral, a mi entender, ha estado maltratado y maltratado desde el momento en que en el Impuesto de Sucesiones no ha tenido ninguna bonificación y es más, para mí ha habido una doble tributación respecto de las cuotas que acrecían.

Ahora, respecto de que ahora pueda haber en la transmisión de la empresa familiar, bueno, que pueda haber unas bonificaciones fiscales, de hecho se darán, se darán si se cumplen los requisitos de que se mantenga la empresa durante diez años, que haya uno que va a tener que tener retribución como director gerente que supere el 50% de sus ingresos, etc.

Mientras se den esos requisitos, se dará esa bonificación.

De hecho, aunque haya un consorcio, si se pierden los requisitos para tener esa bonificación, automáticamente la DGA va a liquidar complementaria, intereses y todo lo que haga falta.

Pero pienso que no va a haber conexión entre las dos figuras.

Quizá podría haberla. Podría haberla si, por vía de esas reducciones que se pueden establecer en la comunidad autónoma, pues bueno, se estableciera algo que fuera quizá por ese camino, pero no creo que, de momento, haya nada por ahí.

*José Manuel Enciso. Notario*

No, una observación nada más de carácter fiscal: que el consorcio no está olvidado completamente en la legislación fiscal sucesoria, puesto que el consorcio foral se denomina «consorcio foral o fideicomiso foral». Entonces, la liquidación fiscal no es liquidación entre colaterales, sino liquidación entre ascendientes y descendientes, y esto lo confirma la práctica. Es decir, los típicos hermanos solteros que tienen todo proindiviso y van falleciendo y acreciendo a los demás; la herencia ni siquiera se denomina herencia, sino «acrecimiento en consorcio foral». Se solicita y obtiene la liquidación por ascendientes a descendientes y no por colaterales, lo cual ya es, en sí, un efecto beneficioso.

*José Manuel Jarabo. Coponente*

No tan beneficioso a veces.

*José Manuel Enciso. Notario*

Bien, pero siempre es mejor que liquidar entre colaterales, me parece a mí, de ascendientes a descendientes con todas las deducciones que tiene.

*José Manuel Jarabo. Coponente*

Yo me he encontrado con casos que en los que no, en los que es peor precisamente una herencia entre ascendientes, bueno, pues por los mínimos exentos, por

ejemplo, que si lo acumulan a la primera herencia ya están agotados y, sin embargo, del consorte si fuera del colateral tendría mínimos exentos.

*José Manuel Enciso. Notario*

Pero, en general, es más beneficioso el de ascendientes a descendientes.

*José Manuel Jarabo. Coponente*

Se supone que sí. Pero ¡jaja!, ten en cuenta una cosa, y es que cuando se produce la liquidación por acrecimiento lo que propugna la DGA, y yo entiendo que además es correcto, es que se produce como si dijéramos una adición a la herencia anterior, la del primer causante, y lo que ocurre es que se acumulan los bienes. Entonces el tipo sube porque la tarifa es progresiva.

Si a lo mejor resulta que antes tenías una herencia bastante importante y ahora lo que creces es poco, si hubiera sido directamente del colateral, podría haber tenido un trato más bajo en cuanto a tipo y en cuanto a mínimo exento y sin embargo el acumularlo a la primera herencia, resulta que el tipo se dispara y además no tienes mínimo exento.

Yo me he encontrado con casos en los que, bueno, a veces sí, parece ser que podría ser más beneficioso recibir la herencia directamente el colateral, o que te liquidasen como si viniera del colateral y a veces, no.

Pienso que habría que ver cada caso individualizadamente.

*José Manuel Enciso. Notario*

De todas maneras, como principio general, bien está que se liquide por ascendientes a descendientes, lo que en principio es la norma.

*José Manuel Jarabo. Coponente*

Es que, en principio, no es que tengamos tampoco opción, yo creo que es que debe ser así.

*José Manuel Enciso. Notario*

Sí, es así.

*José Manuel Jarabo. Coponente*

Exacto.

*José Manuel Enciso. Notario*

Siempre que así se solicite porque se enfoque así, puesto que depende del enfoque.

*José Manuel Jarabo. Coponente*

Yo creo que de oficio lo tendrían que hacer porque la liquidación...

*José Manuel Enciso. Notario*

Pero depende de cómo se enfoque la sucesión, puesto que muchas de ellas se califican como «manifestación y aceptación de herencia», con lo que se han ido liquidando de forma ordinaria, cuando en realidad se trata de un consorcio foral.

*José Manuel Jarabo. Coponente*

Cierto.

*José Manuel Enciso. Notario*

Hay que darle el título adecuado.

*José Manuel Jarabo. Coponente*

Ha habido alguna resolución del económico administrativo regional de aquí precisamente en el que por haber hecho mal el título, por no haber manifestado en la herencia que se producía el acrecimiento, les han dicho que verdes las han segado y que vuelvan a rectificar el título. Es cierto.

*Adolfo Calatayud. Notario*

Quiero referirme al tema de las bonificaciones introducidas por el Decreto ley. Yo creo que hay un caso donde se plantea el problema, que es el de la vivienda.

Puede suceder que lo que esté sujeto a consorcio, sea la vivienda que había sido del causante y que se produzca luego el acrecimiento. Y la duda será: ¿en el acrecimiento se disfruta de la bonificación, aunque el consorte que fallece no tuviera ahí su residencia? Bueno, el criterio contrario que sería decir: si el primer causante lo tenía, esta bonificación ya beneficia a todos los acrecimientos. Esta sería la posición favorable. ¿Cómo lo ves?

*José Manuel Jarabo. Coponente*

Yo pienso que sí. Además defiendo la idea de que la necesidad de que sea vivienda habitual, la ley no dice por ningún sitio que lo tenga que ser de los que reciben esa vivienda, que tengan que convertirla en su vivienda habitual, porque además de hecho, en el 99% de los casos no va a ser así porque los hijos ya se han casado, ya viven cada uno en su casa y no van a irse a vivir con su madre sólo para tener la bonificación. Eso está claro. Entonces, ¿qué ocurre? Pues que, por desgracia la DGA mantiene ese criterio... en principio. También es cierto que, de momento y por lo que nos han manifestado, lo que están haciendo es admitir la bonificación, lo que ocurre es que la dejan, digamos ahí aparcada, y como tienen cinco años sin que les prescriba, están un poco a expensas de lo que pueda haber en otras Comunidades Autónomas. Si hay algún tribunal que se pronuncia, etc. Pero lo que sí que es cierto es que la ley, no exige para nada que el causahabiente tenga que vivir allí. Lo que exige es que fuera la vivienda habitual del causante, eso sí que lo exige.

Entonces, ¿en el caso de que haya un consorcio?

Pues yo lo veo claro. En el momento en que hay acrecimiento, si los que siguen siendo consortes y acrecen a su hermano, por ejemplo, tuvieron derecho a esa bonificación en su herencia, como lo que se hará en definitiva ahora es una ampliación de aquella herencia, si era la vivienda del causante, yo entiendo que seguirán teniendo derecho a esa bonificación, porque lo que sí que se está manteniendo desde un principio es que la herencia en los supuestos de acrecer viene del causante del consorcio, no viene del colateral y, por lo tanto, si esta cuota que en un principio se le liquidó a este consorte, ahora resulta que se la tengo que adicionar a todos los demás repartida proporcionalmente, pues es como volver a hacer las liquidaciones de las herencias de los otros que quedan.

Si en aquellos les apliqué la bonificación, yo entiendo —por lo menos sería mi opinión— que se debería seguir aplicando. Igual que mantengo que se tiene que seguir manteniendo la valoración original, que no cabe que vuelvan a valorar otra vez y, de hecho, lo están haciendo.

*Carmen Maestro. Moderadora*

¿Alguna cuestión más? ¿No hay ninguna otra pregunta? Pues vamos a dar por terminada la sesión. Agradecer a la mesa de la ponencia su brillante trabajo y a todos vosotros vuestra asistencia. Gracias.

