

ÍNDICE:

Listado de abreviaturas.....	2
Bibliografía y referencias documentales.....	3
Introducción.....	4-6
Dictamen	7-30
Antecedentes de Hecho.....	7-9
Consultas.....	10
Dictamen o Fundamentos Jurídicos.....	10-28
Conclusiones.....	29-30
Anexo.....	31

LISTADO DE ABREVIATURAS

Código Civil.....	CC
Código de Derecho Foral Aragonés.....	CDFA
Ley de Sucesiones.....	LS
Ley Hipotecaria.....	LH
Opus citata.....	op cit
Confróntese.....	cfr

BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS DOCUMENTALES

CALATAYUD SIERRA, A., «Cuestiones prácticas sobre consorcio foral», en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, Tomo XVI, 2010, p. 215-225.

CALATAYUD SIERRA, A., «La sustitución legal en Aragón (el artículo 141 de la Compilación) » » *Actas sobre los Quintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, 1996, p.159-222.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., *Introducción al dictamen sobre casos de Derecho Civil*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1981.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., «La sucesión legal en el Derecho Civil Aragonés» en *Manual de Derecho Civil Aragonés*, Delgado (dir. et al), 4ª Edición, *El Justicia de Aragón*, 2012, p.647-670.

PARRA LUCÁN M^aA., «La fiducia sucesoria» en *Manual de Derecho Civil Aragonés*, Delgado (dir. et al), 4ª Edición, *El Justicia de Aragón*, 2012, p. 587-612.

Ponencia de MONTOJO MICÓ, F., «Modificaciones introducidas por la Ley de Sucesiones de 1999» en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, n^o1, 2004.

SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ, M^a.C., «El consorcio foral», en *Actas sobre los Séptimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, 1998, p. 125-165

SERRANO GARCÍA, J.A., «De las sucesiones en general», en *Manual de Derecho Civil Aragonés*, Delgado (dir. et al), 4ª Edición, *El Justicia de Aragón*, 2012, p. 507-547.

SERRANO GARCÍA, J.A., «La sustitución legal», en *Actas sobre los Novenos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, 2000, p.87-138.

Herencia sometida a Derecho Aragonés: Dictamen sobre un caso práctico

INTRODUCCIÓN

Mi Trabajo de Fin de Grado consiste en un dictamen jurídico. Se trata pues de un estudio de orientación eminentemente práctica. Sin perjuicio de todo lo aprendido a lo largo de la carrera, donde hemos tenido ocasión de ver mucha teoría y «casos de laboratorio» adaptados a la misma, no me parecen menos importantes los casos prácticos reales que se plantean en el día a día de la praxis jurídica. De hecho, me parece lo más interesante.

Es por ello que desde el verano previo a empezar la carrera, y durante los tres veranos siguientes consecutivos, acudí a un despacho de Abogados sito en Monzón (Huesca), ciudad a la pertenezco, para formarme con un Abogado de confianza y empezar a ver casos prácticos reales, que entraban constantemente en el despacho. Es mucho lo que se aprende resolviendo este tipo de casos, que con frecuencia son más complejos que la teoría manejada durante la carrera, llegando en ocasiones la realidad a superar la ficción.

Además me gustaría en un futuro, dentro del mundo del Derecho, poder dedicarme a la profesión de Abogacía, y en concreto al Derecho privado, porque me apasiona la idea de dar soluciones plausibles y reales, manteniendo un contacto cercano con la persona que se ve en la necesidad de solicitar la ayuda de un experto en Derecho para resolver un problema que es de su interés. De entre todas las ramas del Derecho, la que más me ha apasionado desde el primer día de carrera en la que pude cursar con la profesora que precisamente ahora me dirige el Trabajo de Fin de Grado, Marta Salanova Villanueva, fue la rama del Derecho Civil, por ser un Derecho que está presente en el día a día de nuestras vidas, y en casi todas las relaciones que las personas llevan a cabo. Un Derecho que trata de personas, y que contempla las relaciones jurídicas que inevitablemente llevan a cabo las mismas, siempre entre iguales.

Por todo ello decidí dar un paso más allá de lo que estamos acostumbrados a ver en la carrera y hacer un trabajo original, diferente, confiriéndole un enfoque práctico a mi Trabajo de Fin de Grado. De este modo, a partir de los conocimientos aprehendidos a lo largo de la carrera, sin duda necesarios por constituir la base de cualquier jurista en formación, he decidido plasmar una solución al caso concreto, y de este modo, dar respuesta a una cuestión real, y vivir el Derecho de un modo más activo y cercano a la situación real de las personas.

La profesión es sin duda, apasionante y por todo ello, le pedí para la realización de mi Trabajo de Fin de Grado, al Abogado antes mencionado, especializado en materia civil y penal, que me prestase un caso real, para poder elaborar mi dictamen. Así pues, me adjudicó varios casos prácticos, y tras consultarlos con mi directora del Trabajo de Fin de Grado, Marta Salanova, elegimos el que consideramos más apropiado para la posible realización del mismo. Es por ello que, entre los casos facilitados por el Abogado, nos llamó la atención especialmente uno sobre “partición y adjudicación de herencia sometido al Derecho aragonés”, el cual me asignó Marta Salanova. La opción de mi directora me agradó bastante, pues como aragonesa que soy, un tema que aborda sucesiones en Derecho aragonés, y en concreto una institución que plantea numerosos problemas como es la del consorcio foral, me permite trabajar en temas que sin duda, me interesan, tanto en lo profesional, como en lo personal.

Así pues, comenzamos con mi directora a analizar el caso en concreto, y aunque el expediente era extensísimo y eminentemente procesal, dado que abordaba especialmente la partición y adjudicación de cuotas en la herencia, basándose en La Ley de Enjuiciamiento Civil [arts. 782 a 805], mi directora consiguió reenfocar el caso práctico para poder extraer del mismo cuestiones sobre Derecho Civil sustantivo, sin perdernos en procesos civiles, que en todo caso serían objeto de la rama del Derecho que aborda el procesal. Por todo ello, tuvimos que hacer algún cambio sobre el expediente real, así como introducir datos que nos interesaban para adaptar el supuesto de hecho de forma que pudiésemos centrar nuestra atención, en efecto, en temas de Derecho Civil y aportar al solicitante del dictamen una solución jurídica para las cuestiones que plantea, despreciando todo el proceso de ejecución y de realización de actuaciones por parte de los interesados una vez resueltas las cuestiones materiales del

caso. Esta adaptación parece necesaria pues pocos casos reales versan exclusivamente sobre un tema en concreto sin inmiscuirse en diferentes ramas del Derecho, disciplina en la cual casi todo está relacionado.

Anuncio ya que el punto más problemático del caso, una vez reenfocado es la vidriosa institución del consorcio foral, que al ser una institución típica de nuestra Comunidad Autónoma, carece de figura equivalente en los derechos de nuestro entorno, lo cual hace difícil, en ocasiones, resolver determinadas cuestiones que la realidad plantea con frecuencia en los despachos jurídicos de numerosos Abogado, como por ejemplo puede ser la notable complicación que el consorcio foral plantea sobre los bienes sujetos al mismo y su destino a largo plazo. Otras cuestiones, como la sucesión legal en bienes troncales o la sustitución legal serán también objeto de atención.

Así pues, como paso previo a la elaboración de mi Trabajo de Fin de Grado, y aunque en sus páginas no quede constancia expresa de ello, hube de formarme para poder manejar con soltura la técnica del dictamen, consultando diferentes casos resueltos sobre otras materias que mi tutora me facilitó y consultando con esmero el libro «*Introducción al dictamen sobre casos de Derecho Civil*», del profesor Jesús Delgado Echeverría.

Expuesto todo lo anterior, comienzo ya con la confección de mi propio dictamen, que someto a la consideración del Tribunal como ejercicio para superar esta asignatura.

DICTAMEN

DICTAMEN que, a petición de D. Carlos Alpín Grasa emite D^a. Paula Aznar Forniés, sobre herencia sometida a Derecho aragonés, con fecha de 15 de Junio de 2015 en la ciudad de Zaragoza.

I. ANTECEDENTES

De la documentación trasladada y de la información verbal facilitada por Carlos Alpín Grasa, se deducen los siguientes:

PRIMERO.- D. Alejandro López Ferrer y Doña Carolina García Sánchez, de vecindad civil aragonesa contrajeron matrimonio el día 5 de Mayo de 1955. El matrimonio residente en Huesca, tuvo siete hijos llamados Josefina López García, Marta López García, Ana López García, Vicente López García, Fernando López García, Catalina López García y Úrbez López García.¹

D. Alejandro López García y doña Carolina García Sánchez, otorgaron capitulaciones matrimoniales seis meses antes de casarse, que formalizaron en escritura pública e inscribieron en el Registro Civil. Así las cosas, en las citadas capitulaciones pactaron, además del consorcio legal como régimen económico matrimonial, una fiducia sucesoria, según la cual ambos cónyuges se nombraban recíprocamente fiduciarios el uno del otro con el objeto de que, con la muerte de cualquiera de ellos fuera el cónyuge superviviente el encargado de ordenar la sucesión.

Tal y como se ha acreditado en la certificación literal de defunción, D. Alejandro López Ferrer falleció en la localidad de Huesca el día 2 de Febrero de 1989 en estado de casado con D^a Carolina García Sánchez. El Sr López tuvo su último domicilio en Huesca.

¹ En el anexo I donde puede consultarse un árbol genealógico donde se representa gráficamente de la familia protagonista del caso.

SEGUNDO.- D^a Josefina López García, hija de D. Alejandro López García y D^a. Carolina García Sánchez, contrajo matrimonio con Don Ángel Pérez Rubio en la localidad de Huesca el día 17 de abril de 1981, como se acredita con la certificación literal de matrimonio. El matrimonio vivió en Huesca y fruto de esa unión nació en 1983 un hijo al que llamaron Carlos Pérez López, como se pone de manifiesto en la certificación literal de nacimiento.

D^a Josefina López Grasa falleció en Barbastro día 15 de marzo de 1987, tal como se acredita con la certificación literal de defunción, en estado de casada. La Sra. López tuvo su último domicilio en Huesca.

TERCERO.- D^a Carolina García Sánchez falleció el día 13 de diciembre del 2009, tal y como se acredita en el certificado literal de defunción, en estado de viuda. Una vez comprobada la certificación expedida por el Registro de Actos de Última Voluntad se pone de manifiesto que la misma falleció habiendo otorgado testamento abierto ante el Notario de Huesca, D^a José Carlos Merino Torres, por sí y como fiduciaria de su fallecido esposo D. Alejandro López Ferrer. La Sra. García tuvo su último domicilio en Huesca. Los bienes presentes en el patrimonio ya consorcial, ya privativo, de alguno de los cónyuges, D. Alejandro López Ferrer y D^a. Catalina García Sánchez, que pasaron a integrar el caudal de la herencia de ambos son los siguientes: una casa habitación situada en la C/ Coso n^o 18, según catastro de 401,58 metros cuadrados, que constituía la vivienda habitual inscrita en el Registro de la Propiedad de Huesca. Una vez realizada tasación de la misma se estima valorada en 180.000 euros. Finca 48, Tomo 1987, Libro 21, Folio 67. Asimismo formaba parte del citado patrimonio una finca rústica en la partida denominada VALLEMONA en los términos de Nocito, a lo alto de la sierra de Guara. Una vez realizada su tasación su valor asciende a 80.000 euros. Finca 33 Tomo 1899, Libro 16, Folio 17 del Registro de la Propiedad de Huesca. A ello debe añadirse la titularidad de una cuenta corriente en el banco Santander que contenía una cantidad de dinero de 10.000 euros.

En el último testamento que D^a Carolina García Sánchez otorgó, hizo un legado sobre una cantidad concreta de dinero a favor de su nieto Carlos Pérez García, hijo de su

hija fallecida, D^a Josefina López García; e instituyó herederos por partes iguales a sus hijos, D^a. Ana López García, D. Fernando López García, D^a. Marta López García, D^a. Catalina López García, D. Úrbez López García y D. Vicente López García.

CUARTO.- El 15 de enero de 2010, otorgó por parte de D^a. Ana López García, D. Fernando López García, D^a. Marta López García, D^a. Catalina López García, D. Úrbez López García y D. Vicente López García, ante la Notaría de Boltaña, escritura pública de aceptación de herencia de los finados D. Alejandro López Ferrer y D^a Carolina García Sánchez.

QUINTO.- El día 6 de abril de 2014 falleció D^a Marta López García, tal como se acredita con la certificación literal de defunción, en estado de soltera. El último domicilio de la Sra. Marta fue en Huesca. Así las cosas, se expide certificado del Registro de Actos de Última voluntad confirmando que ha fallecido intestada.

La Sra. López al tiempo de su fallecimiento era dueña de un piso sito en la ciudad de Huesca, que constituía su vivienda habitual, y era asimismo titular de una cuenta corriente en el banco BBVA que contenía 50.000 euros. Sin perjuicio de lo anterior, D^a Marta López García había aceptado la herencia de sus padres, con lo cual en su patrimonio figuraba también la cuota que de dicha herencia le correspondía, que es la equivalente a un 1/6, dado que, como se ha señalado con anterioridad, D^a Carolina García Sánchez, designó a sus seis hijos vivos en el momento de su muerte, como herederos por partes iguales.

La Sra. López no tuvo hijos. Así pues, habiendo fallecido también sus padres, a la misma le sobreviven cinco de sus hermanos, estos son: D. Fernando López García, D^a Ana López García, D^a Catalina López García, D. Vicente López García y D. Úrbez López García, así como su sobrino D. Carlos Pérez García, hijo de su hermana premuerta D^a Josefina López García.

A fecha de hoy persiste la situación de indivisión de la herencia de D. Alejandro López Ferrer y D^a Carolina García Sánchez, aceptada en escritura de 2010.

En vista de los antecedentes relatados, al Letrado que suscribe se solicita Dictamen que versa sobre la(s) siguiente (s)

II. CONSULTAS

PRIMERA.- Tras la muerte de su tía María, Don Carlos interesa saber qué derechos le asisten sobre la herencia de la misma.

SEGUNDA.- Pregunta asimismo si, de ser afirmativa la respuesta a la primera cuestión, tiene algún derecho en la herencia de sus abuelos, dado que le consta que su tía formaba parte de la comunidad hereditaria surgida entre los hermanos tras el otorgamiento de la escritura de aceptación de 2010.

Aceptando el requerimiento formulado, tengo el honor de emitir el siguiente

III. DICTAMEN

PRIMERO.- En primer lugar, procede determinar la **ley aplicable al caso** que nos ocupa. Conforme al art. 14.1 y 9.8 CC, la herencia se regula por el Derecho Foral Aragonés y en consecuencia el CDFa, en tanto en cuanto los sujetos son de vecindad civil aragonesa, que constituye la ley personal que, para la sucesión por causa de muerte viene determinada, de acuerdo con el art. 9.8 CC por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, con independencia de dónde se encuentren los bienes o de cuál sea la ley personal de los sucesores. Así las cosas, resultará de aplicación el CDFa y de existir lagunas jurídicas reales en texto no superables merced a las herramientas exegéticas habituales, el operador jurídico deberá intentar colmarlas recurriendo al método de la autointegración, esto es, a través de las propias fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, distintas a la ley escrita: la costumbre o los principios generales del Derecho. Si el vacío persiste el art. 1.2 nos legitima para acudir al derecho supletorio, esto es, al CC; pues a pesar de regir entre el derecho común y el derecho

autonómico, el principio de competencia y ser ambos ordenamientos jurídicos diferentes; en virtud de la prohibición del «*non liquet*» el Juez está obligado a resolver el conflicto y a dictar sentencia, esto es, el Juez siempre debe pronunciarse sobre cualquier cuestión que le sea sometida: basándose en la norma pertinente, si la hay, esto es, aplicando las fuentes del derecho aragonés *ex art. 1 CDFA* o llenando la laguna cuando ésta se presente, con lo cual, aplicar subsidiariamente el derecho común.

SEGUNDO.-En relación con la primera cuestión, sobre qué **derechos** le asisten a D. Carlos Pérez López **en la herencia de su tía**, la Sra. Marta López García hay que considerar que la sucesión aragonesa se defiere con carácter general, tal y como indica el art. 317 CDFA por pacto, por testamento o por disposición de la ley.

Como se ha puesto de manifiesto en los antecedentes de hecho, D^a Marta López García falleció sin haber otorgado testamento, tampoco consta que haya pacto, con lo cual no podemos hablar de la ordenación voluntaria de los bienes que el art. 318 CDFA contempla. Así las cosas, en defecto de la autonomía de la voluntad de la causante, que podría haber ejercitado en virtud del principio «*standum est chartae*», consagrado en el art. 3 CDFA y que no tiene más limitaciones que el hecho de que no sea de imposible cumplimiento, que respete la Constitución Española, así como la legítima y las normas imperativas del Derecho aragonés; hay que acudir a la **sucesión legal**.

Dicha sucesión, tal y como indica el art. 516 CDFA se activará siempre y cuando haya un defecto total o parcial de la ordenación voluntaria, bien por testamento bien por pacto sucesorio. En este caso tenemos un defecto total al no existir siquiera testamento y el orden de la sucesión legal a llevar a cabo es el enumerado en el art. 517 CDFA.

Así las cosas, la primera opción que determina el art. 517.1 CDFA es que la herencia D^a Marta López García se defiera a los descendientes. No obstante, como la misma carece de ellos, el art. 517.2 CDFA establece una distinción para aquellos bienes que sean recobrables o troncales y aquellos que no tengan esta calificación.

No consta sin embargo que existan bienes recobrables en los términos de los arts. 524 y 525 CDFA en tanto en cuanto los ascendientes, que son aquellos que en este caso

han transmitido bienes a su D^a Marta López García a título lucrativo, no le han sobrevivido.

Procede examinar ahora si en el caudal hay bienes troncales. Son bienes troncales simples, según el art. 528 CDFA «los que el causante haya recibido a título gratuito de ascendientes o colaterales hasta el sexto grado», en consecuencia, tendrían esta naturaleza los bienes que proceden de la cuota que fue transmitida por D^a Carolina García Sánchez y D Alejandro López Ferrer a D^a Marta López García, esto es, la cuota que adquiere por D^a. Marta en calidad de heredera de los Sres. López-García (sus padres). Por su parte, el art. 527 CDFA define los bienes troncales de abolorio como sigue: «aquellos que hayan permanecido en la casa o familia del causante durante las dos generaciones inmediatamente anteriores a la suya, cualesquiera que sean su procedencia y modo de adquisición inmediatos». Así pues, no podemos afirmar que dicha cuota constituya un bien troncal de abolorio porque desconocemos el tiempo que las fincas permanecieron en la familia, con lo cual es posible determinar que los bienes que proceden de la cuota que fue transmitida por D^a Carolina y D. Alejandro a D^a Marta López García constituye la naturaleza de bien troncal simple. Sea como fuere, la naturaleza de las fincas como troncales simples o de abolorio no alteraría la solución final del caso.

Así pues, a la hora de determinar la sucesión de la Sra. López, hay que tener en cuenta el régimen que para los bienes troncales simples, esto es, para la cuota heredada de sus padres, establece el CDFA en su art. 526 a) cuando menciona que «[...] la sucesión en los bienes troncales se deferirá: a los hermanos e hijos y nietos de hermanos por la línea de donde procedan los bienes. Los hijos y nietos de hermanos suceden por sustitución legal o por derecho propio conforme a lo dispuesto en el art. 532».

Así las cosas, concurren a la herencia de D^a Marta López García, en lo que a sus bienes troncales se refiere, sus hermanos D. Fernando López García, D^a. Ana López García, D^a Catalina López García, D. Vicente López García y D. Úrbez López García y por sustitución legal, institución de la que me ocupo líneas abajo, su sobrino D. Carlos Pérez López, correspondiéndoles a cada uno 1/6 de la cuota de la citada herencia.

No obstante, surgen aquí los problemas derivados del consorcio aragonés, que serán objeto de análisis en el fundamento jurídico siguiente, donde se verá que la limitación de D. Carlos Pérez López al acceso de la herencia de su tía D^a Marta López García, en lo que a la cuota heredada de D. Alejandro López Ferrer y D^a. Carolina García Sánchez hace referencia, se va encontrar no en la naturaleza troncal de la cuota sino en la institución a la que hago referencia en el fundamento jurídico siguiente, que no es sino el consorcio foral.

Por otro lado, en el caudal de D^a Marta López García, hay también **bienes** no troncales, estos son, bienes llamados por la doctrina «**industriales o de patrimonio**», o dicho de otra manera, aquellos bienes adquiridos por la Sra. López, que no presentan el carácter de troncales ni de recobrables, pero que sin embargo componen su caudal hereditario y deben ser tenidos en cuenta en la sucesión. Hay que mencionar que los mismos se van a deferir conforme al art. 517 b) CDFA. Así pues, no habiendo descendientes, no habiendo tampoco ascendientes, dado que D^a María López García falleció con posterioridad a sus padres y además, murió soltera por lo que tampoco hay cónyuge; los que entrarían en la sucesión legal serían los colaterales hasta el cuarto grado, que en principio serían tanto sus hermanos (herederos consorciales) como su sobrino D. Carlos Pérez López (heredero no consorcial).

Así las cosas el art. 519 CDFA pone de manifiesto que el pariente más próximo en grado tiene preferencia sobre el más remoto, de modo que, en principio, los hermanos tienen preferencia sobre D. Carlos Pérez López, dado que entre hermanos estamos ante un segundo grado y es un tercer grado de parentesco el que mantiene D^a Marta López García con su sobrino D. Carlos Pérez López. No obstante, el art. 519 CDFA establece una excepción que excluye de la regla de proximidad de grado los casos en los que entre en juego la sustitución legal.

La sustitución legal² aparece regulada en el art. 334 CDFA que dice: «los descendientes de un llamado a título universal o particular o legitimario de grado

² El instituto de la sustitución legal, actualmente regulada de forma mucho más técnica en el Código de Derecho Foral Aragonés, sufrió una remodelación importante por la Ley de Sucesiones importante en relación con lo que establecía la Compilación de 1967 en su art. 141. Así pues, tal y como indica D. José Antonio SERRANO GARCÍA, la Ley de Sucesiones la regula en sus arts. 19 a 26 (334-341 CDFA), introduciendo variaciones en la figura, que abarcan, desde la supresión de la renuncia como causa para

preferente ocupan el lugar de éste en la sucesión o en la legítima por sustitución legal en los casos previstos en este Código». Pues bien, la sustitución legal, tal y como indica el art. 338 CDFA, tendrá lugar cuando el llamado «ha premuerto, ha sido declarado ausente o indigno de suceder, así como cuando ha sido desheredado con causa legal o excluido absolutamente en la sucesión».

En este caso, tal y como se ha señalado con anterioridad, de estar viva, hubiera sido llamada a la herencia en los términos acordados por el art. 517 b) junto con sus demás hermanos, D^a Josefina López García, pero como la misma ha premuerto, por mor de la mencionada sustitución legal, D. Carlos Pérez López ocuparía el lugar de su madre. Por consiguiente, nos encontramos ante una sustitución legal en favor de los descendientes del hermano sustituido. Dicha sustitución, tal y como indica el precepto en cuestión, solo llega hasta el cuarto grado a contar del propio causante y si concurren con algún hermano del causante, como sucede en nuestro supuesto, dividen por estirpes. En este caso, son en efecto, cinco hermanos de la causante: D. Fernando López García, D^a Ana López García, D^a Catalina López García, D. Vicente López García y D. Úrbez López García los que van a concurrir con el sobrino de la causante D. Carlos Pérez López y siendo éste último hijo único, se dividiría la porción de bienes industriales o de patrimonio de la Sra. López de forma que tocase 1/6 para cada uno. Nótese que en la sucesión troncal encontramos a los mismos llamados, en las mismas proporciones.³

que entre a funcionar el mecanismo de la sustitución legal (así tajantemente se dice en el artículo 26 LS (341 CDFA), hasta suprimir la posibilidad del causahabiente (antes renunciante o incapaz) de excluir por disposición expresa la entrada en funcionamiento del mecanismo de este instituto. Es decir, ahora ya no podrá el causahabiente impedir la previsión legal de esta figura. Se mantiene, no obstante, la posibilidad para el disponente de sobreponer su voluntad a los dictados de la sustitución legal. Como novedad se puede señalar también que se ha introducido la ausencia, la indignidad o la desheredación por causa legal, para determinados supuestos, como causas que provocan el mecanismo de la sustitución legal. También hay que resaltar que ahora se vuelve a la concepción legal original de la figura que había tenido el legislador de la Compilación de 1967 en lo que afecta al causante, en el sentido de entender que el causante o disponente deberá tener la cualidad de ascendiente o hermano del sustituto. Esta cuestión se deduce claramente del apartado 2 del artículo 21 LS (336.2 CDFA), en cuanto señala que la sustitución legal se produce en favor de los descendientes, sin limitación de grado, del sustituido que a su vez sea descendiente o hermano del causante (*Vid.* SERRANO GARCÍA, J.A. «La sustitución legal», en *Actas sobre los Novenos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, 2000*, p.87-138).

³ Tal y como indica José Antonio SERRANO GARCÍA, la Ley de Sucesiones en su art. 23.2 (338.2 CDFA) no distingue de forma clara entre sustitución legal a efectos sucesorios y a efectos meramente particionales (Pothier); identificando de forma errónea la sustitución legal con la división por estirpes. Lo correcto hubiera sido decir que en la línea recta descendente la sustitución legal se produce sin limitación de grado, tal y como prevé actualmente el Código de Derecho Foral Aragonés, y la división se hace por estirpes aunque los sustitutos concurren solos y sean del mismo grado; mientras que respecto de los descendientes del hermano sustituido, como es nuestro caso, la sustitución legal sólo llega hasta el cuarto grado a contar del propio causante, y la división se hace por estirpes salvo si concurren solamente hijos o solamente nietos del hermano sustituido en que la división se hace por cabezas. Nótese que las

De todo lo anterior es posible poner de manifiesto que D. Carlos Pérez López concurre con sus tíos a la herencia de D^a María López García, en un plano de igualdad, pues al no tener hermanos el Sr. Pérez, no procede dividir dentro de la estirpe de su madre, la Sra. Josefina López García; y, en ese caso concreto, las reglas de la sucesión troncal y de la sucesión en los bienes industriales o de patrimonio, llaman a las mismas personas.

Será la institución del consorcio la que complique esta inicial conclusión. De ello paso a ocuparme en el fundamento jurídico siguiente.

TERCERO.- En relación con la segunda cuestión, relativa a los **posibles derechos de Carlos en la herencia de sus abuelos**, D. Alejandro López Ferrer y D^a Carolina García Sánchez, debe recordarse que, tal y como se ha indicado en los antecedentes de hecho, el Sr. López falleció con anterioridad a su esposa pero ésta ejerció la fiducia a su favor con motivo del otorgamiento de su propio testamento, de modo que el momento en el que debemos situarnos a la hora de determinar la sucesión del matrimonio, es el de la fecha del fallecimiento de la Sra. García.

Así las cosas, al morir D^a Carolina García Sánchez como fiduciaria, se planteaba el problema, actualmente resuelto, acerca de cuál es el momento de la delación de la herencia. Dicho momento viene a ser el de la ejecución o extinción de la fiducia en cuestión, que en este caso concreto coincide con el de la muerte de la Sra. García dado que la misma ejecutó la fiducia en su testamento. En dicho testamento, D^a Carolina García Sánchez designó herederos a: D^a Ana López García, D. Fernando López García, D^a Marta López García, D^a Catalina López García, D. Úrbez López García, D. Vicente López García. No obstante no concurre a la herencia al carecer de capacidad sucesoria, tal y como exigía el art. 10 LS y actual 325 CDFA, D^a Josefina López García, dado que la misma ha premuerto, de hecho, a ambos causantes.

deficiencias que apuntaba el profesor Serrano ya quedan subsanadas en la regulación, mucho más técnica que de esta institución realiza el Código de Derecho Foral Aragonés.

Es preciso mencionar que D^a Carolina García Sánchez, en su testamento no citó a D. Carlos Pérez López, hijo de D^a Josefina López García para que sustituyese a ésta en su porción de bienes de la herencia, lo cual habría conformado una sustitución voluntaria; sino que la última voluntad de la testadora fue beneficiar al Sr. Pérez pero de una manera distinta a la de sus tíos, en tanto en cuanto le dejó una cantidad de dinero en concepto de legado, pero no lo designó como coheredero en los bienes inmuebles que conformaban el caudal hereditario ni tampoco lo nombró, como acabo de citar, sustituto de su madre. Estos datos nos llevan a sospechar que la Sra. García no quiso que su nieto D. Carlos pasase a formar parte del consorcio. Así las cosas, es posible afirmar, que D^a Josefina López García no fue nunca consorte, y que D. Carlos Pérez López, hijo de la anterior, no va a formar parte del consorcio, que como voy a pasar a explicar a continuación, sí que van a conformar sus tíos.

Por todo ello, y sin perjuicio de que D. Carlos Pérez López cobrase, en efecto el legado designado por la causante, no se puede admitir, sin embargo, la procedencia de la sustitución legal de D. Carlos Pérez López en la herencia de su madre premuerta, en tanto en cuanto, su madre nunca fue llamada como heredera, quedando así cerrada la vía de la sustitución en las sucesiones voluntarias que prevé el art. 336 CDFA.

Procede analizar ahora la situación de los hermanos, que como herederos de D^a Carolina García Sánchez concurren a su herencia. Así pues, la Ley aplicable al caso que nos ocupa es la Ley de Sucesiones por causa de muerte del año 1999 (refundida hoy en el Libro III «Derecho de sucesiones por causa de muerte», del CDFA), que vino a derogar el Libro III de la Compilación, dado que D^a Carolina García Sánchez falleció en el año 2009, tal y como consta en el antecedente de hecho tercero.

Los herederos designados en el testamento de la Sra. García son los que siguen: D^a Ana López García, D. Fernando López García, D^a Marta López García, D^a Catalina López García, D. Úrbez López García, D. Vicente López García. Dichos herederos aceptaron la herencia en escritura pública de 2010, con lo cual procede analizar si queda conformado entre ellos el «**consorcio o fideicomiso foral**». Nos hallamos ante una institución típicamente aragonesa, de naturaleza sucesoria (o ligada a la donación, si surge de ella) que trata de determinar el régimen al que quedan sometidos determinados

bienes indivisos de origen sucesorio (o de donación) siendo ese origen el determinante del régimen especial en cuestión.

La Ley de Sucesiones de 1999 incluyó una nueva regulación del Consorcio foral en el Capítulo VII de su Título I, y en concreto en sus arts. 58-61 (373-376 CDFA), de modo que el 58 LS (hoy 373 CDFA) dice así: «Salvo previsión en contrario del disponente, desde que varios hermanos o hijos de hermanos hereden de un ascendiente bienes inmuebles, queda establecido entre ellos, y en tanto subsista la indivisión, el llamado “consorcio o fideicomiso foral”».

Así pues, para la formación del consorcio es necesario que sean varios hermanos o hijos de hermanos los que concurran a la sucesión. En el caso que nos ocupa, son varios hermanos, concretamente seis: D^a Ana López García, D. Fernando López García, D^a Marta López García, D^a Catalina López García, D. Úrbez López García, D. Vicente López García, los que heredan bienes inmuebles⁴, estos son, la finca y la vivienda unifamiliar de sus padres, encontrándose tales bienes en situación de indivisión.

Dado que no existe previsión en contrario por parte de la disponente⁵, D^a Carolina García Sánchez, que enturbie la resolución del caso, procede analizar el resto de requisitos que determinan la formación del consorcio foral.

⁴ Sin perjuicio de que el art. 148 de la Compilación promulgada por la Ley 15/1967 y en concreto en la versión resultante de la Ley 3/1985, de 21 de mayo, de las Cortes de Aragón, y posteriormente la LS, en su art. 58 establezcan que el consorcio se forma al adquirir por parte de hermanos o hijos de hermanos, de un ascendiente, a título lucrativo, bienes inmuebles; cabe destacar que en la época de los Fueros y Observancias se sostuvo que formaban parte del consorcio tanto los bienes inmuebles como los muebles, posición que sostiene asimismo, HINOJOSA, LACRUZ, MARTÍNEZ GUIJÓN, LALINDE o SÁNCHEZ FRIERA. No obstante, lo cierto es que la mayor parte de los autores de los siglos XVIII, XIX, XX sostienen la limitación de la extensión del consorcio a los bienes inmuebles: así, PORTOLÉS, FRANCO DE VILLALBA, MOLINO, BARDAJÍ, FRANCO Y GUILLÉN, DEL PLANO, MARTÓN, SANTA PAU, SERRANO MILLÁN, OTTO ESCUDERO, MARTÍN COSTEA, MUÑOZ SALINILLAS o MERINO HERNÁNDEZ (*Vid.* « CALATAYUD SIERRA, A., Cuestiones prácticas sobre consorcio foral», en *Revista de Derecho Civil Aragonés*, Tomo XVI, 2010, p. 215-225).

⁵ Cabe destacar que la Ley de Sucesiones establece varias modificaciones recogiendo algunas de las aspiraciones que la doctrina venía reclamando con respecto a la Compilación de 1967, una de ellas precisamente la incorporación al tenor del precepto de la viabilidad de que la voluntad del causante cerrase el paso a la institución del consorcio: «salvo previsión en contrario del disponente». Ello quiere decir que, para el caso que nos ocupa, D^a Carolina García Sánchez podría haber impedido el nacimiento del consorcio, aun dándose las condiciones subjetivas y objetivas que esta figura presupone y sobreponer así su voluntad a lo dispuesto en la Ley. Todo ello implica que el consorcio foral viene consagrado por normas de carácter dispositivo para el causante, como la mayor parte de la doctrina sostiene, cuando se muestra favorable con esta posibilidad, que ya admitida por el Derecho histórico, destaca la autonomía de la voluntad sobre las citadas normas del consorcio foral. Ello implica poner de manifiesto un principio

Por otro lado, la Ley de Sucesiones de 1999 en su art. 58.1 (373.1 CDFa) ya no exige la situación de «proindiviso» de los bienes que se adquirirían para la formación del consorcio que la Compilación de 1967 sí exigía en su art. 142 cuando decía que: «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 [...]».⁶ Como sabemos, un proindiviso ordinario es una comunidad romana. Ello suscitó la razonable duda de si, en los casos en los que herencia simplemente se había aceptado, y por ende, se constituía entre los herederos una comunidad hereditaria

importantísimo en el Derecho común pero también en el Derecho aragonés, un tópicus del Derecho, que viene a denominarse «*standum est chartae*» para el Derecho aragonés, apareciendo en el art. 3 CDFa y que tiene su correlativo en el art. 1255 CC. Este principio no obstante tiene los límites de respeto a las leyes imperativas, a la Constitución y que no resulte de imposible cumplimiento. A esta posición se adhiere el profesor LACRUZ, y a él la profesora SÁNCHEZ-FRIERA, cuando señala que: «cuando la voluntad se manifiesta en el sentido de eliminar expresamente los efectos consorciales, puede ser prevalente y la vinculación consorcial no llegar a nacer». Asimismo se muestra favorable, MARTÍNEZ VIAMONTE, a la renuncia previa al consorcio la efectuada unánimemente por los consortes sobre los bienes objeto del mismo aunque permanezcan en situación de indivisión.

No obstante, en opinión de una parte de la doctrina, las normas que regulan el consorcio foral aragonés pueden considerarse de Derecho necesario, por cuanto el consorcio foral es una comunidad con especiales reglas de funcionamiento, encaminadas a preservar la conservación y continuidad del patrimonio familiar. Esta interpretación de las normas del consorcio supone admitir que las mismas son de carácter imperativo o *ius cogens* (siendo el art. 142 imperativo y además prohibitivo por conllevar un signo negativo –dice lo que no se puede hacer-) y que por tanto el principio «*standum est chartae*» encuentra un límite, haciendo imposible que la autonomía de la voluntad evite el consorcio (en términos diferentes a la interposición de la acción de división) en tanto en cuanto hay un interés general que es el de conservar los bienes en el patrimonio familiar, interés general que a mi juicio es poco acorde con la patrimonialidad de la institución del consorcio. Así las cosas, según esta parte de la doctrina 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 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; constituyendo la infracción de las normas que rigen el consorcio la sanción de nulidad e ineficacia. (Sobre esta discusión *vid.* MONTOJO MICÓ, F., «Modificaciones introducidas por la Ley de Sucesiones de 1999»).

⁶ Esta modificación acaba con los problemas que planteaba el «proindiviso» que exigía la Compilación, y llevó a varios estudiosos a considerar que solamente nacía el consorcio foral cuando los bienes se adjudicaban en proindiviso ordinario a favor de varios descendientes, lo que excluiría la existencia de consorcio durante la situación de la comunidad hereditaria. Así las cosas, el problema que se planteaba venía a ser el siguiente: al ser el proindiviso una comunidad romana, surgía la duda de si una vez aceptada la herencia y por tanto conformada una comunidad hereditaria, o sea, una comunidad germánica como la que establece el Código Civil. ¿Había o no había consorcio foral? Algunos autores señalaban que sí, como por ejemplo Carmen SÁNCHEZ FRIERA, pero otros decían que no, como por ejemplo el Notario Honorio ROMERO, que sostiene que es necesario diferenciar el proindiviso de la situación de indivisión de los bienes inmuebles, resultando además una barbaridad jurídica mezclar el proindiviso e introducirlo en una comunidad hereditaria, como lo es la comunidad que el CC contempla en sus arts. 1051 y ss.

Dicho problema se soluciona con la entrada en vigor de la Ley de Sucesiones que en su art. 58.1 (actualmente 373 CDFa) ya no exige el proindiviso para la formación del consorcio foral, con lo cual es posible, señalar que la comunidad hereditaria también es un supuesto de cotitularidad en el que surge el consorcio foral. *Vid.* el debate posterior a la ponencia de la profesora SÁNCHEZ-FRIERA en coloquio de discusión entre Honorio Romero y la profesora SÁNCHEZ-FRIERA, en SÁNCHEZ-FRIERA GONZALEZ., M^a.C «El consorcio foral» en *Actas sobre los Séptimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, 1998*, p.151-165.

ordinaria, de naturaleza como sabemos germánica, había lugar al consorcio. El nuevo tenor que la Ley de Sucesiones dio a la normativa del consorcio disipa las dudas que se planteaban sobre tan controvertida redacción, en la medida en que la referencia al proindiviso ordinario no se recoge. De este modo, rigiéndose la sucesión que nos ocupa por la Ley de Sucesiones (hoy refundida en el CDFa), aunque los bienes que forman el caudal relicto, estos son, la vivienda unifamiliar y la finca rústica no se adjudicasen a los herederos en proindiviso ordinario, no albergamos dudas sobre la existencia de un consorcio foral en relación con ellos.

Así pues, el 58.1 de la LS (373.1 CDFa) ya no exige la situación de proindiviso cuando se adquieran bienes a título lucrativo en calidad de heredero. No obstante, mantiene la característica del proindiviso ordinario para el caso en el que se adquiera inmuebles a título gratuito, pero por legado o donación (art. 58.2 LS, 373.2 CDFa). Por otro lado, en la Ley de Sucesiones se recoge como título inductor del consorcio la herencia, el legado y la donación, con lo que se da fin a la polémica acerca de qué consideraba como título originador del consorcio el “título gratuito”.

Por otro lado, la inembargabilidad de la cuota de un consorte se sustituyó con la Ley de Sucesiones por la embargabilidad de la misma, en tanto en cuanto el art. 59.2 (374.2 CDFa) dice lo siguiente: « [...] es embargable la cuota de un consorte en el consorcio o en alguno de los bienes que lo integran, sin que pase a formar parte del consorcio el extraño que la adquiera en el procedimiento de apremio». Ello es relevante de cara a hacer posible el cobro de deudas del acreedor de un consorte en cuestión⁷.

⁷ No son escasas las divergencias doctrinales que se producen sobre este tema, especialmente cuando el consorte es deudor de un tercero. Pues bien, la cuota de cada consorte en el consorcio foral es embargable *ex* art. 59.2 LS (374.2 CDFa), precepto que señala asimismo que, el extraño acreedor que la reciba en el procedimiento de apremio no pasa a formar parte del consorcio, adquiriendo de este modo el acreedor una cuota que aunque en principio era consorcial, pasa a dejar de tener tal carácter en tanto en cuanto ha tenido lugar una partición previa, necesaria para ejecutar el embargo que no obstante no producirá tampoco la disolución de la institución, sino que, en opinión de Carmen SÁNCHEZ-FRIERA simplemente se adjudicaría al acreedor la cuota del consorte embargado.

No obstante, y sin perjuicio de mi posición a favor de esta intervención dado que los derechos de terceros acreedores deben ser los primeros en satisfacer, es claro que a la larga ello va a tener una repercusión sobre la cuota de otras personas ajenas a la responsabilidad del consorte embargado. Quiero decir, que el hecho de que se embarguen bienes consorciales va a perjudicar a sus consortes para los actos que se puedan llevar a cabo *inter vivos* con base en las excepciones al 142.1, a los descendientes cuando el consorte muera o en defecto de ellos, a los demás consortes que acrecerían su cuota. Es por ello que entiendo que primero el consorte debe responder con su patrimonio no objeto del consorcio y en defecto de este, dada la responsabilidad patrimonial universal del 1911 CC con los bienes consorciales.

Otras modificaciones relevantes son, la creación por parte de la Ley de Sucesiones, de la posibilidad de separación de un consorte mediante escritura pública, previa comunicación al resto de los consortes, y la posibilidad de disolución del consorcio por voluntad de los consortes, junto a la causa, que ya existía, de división del inmueble.

Centrándome ahora brevemente en la naturaleza de la institución del consorcio foral, que ha sido conocida asimismo con el nombre de fideicomiso legal -lo cual ha generado disenso doctrinal sobre su verdadera esencia⁸- es en una institución vidriosa que ha dado lugar a diferentes posturas entre los autores. Sin perjuicio de los malos

Es coherente la idea de que el acreedor no pase a formar parte del consorcio dado la naturaleza familiar, de la institución, esto es, el consorcio se forma porque existe un vínculo familiar que liga a sus miembros siendo su origen el patrimonio casual. Al respecto se plantea debate sobre si correspondería la disolución inmediatamente después que la cuota embargada del consorte deudor fuera adjudicada definitivamente en subasta a un tercero, poniendo de manifiesto el abogado Carlos DE FRANCIA que podría ser una causa de disolución del consorcio que no se ha considerado y que tal vez debería tenerse en cuenta (*Vid. SÁNCHEZ-FRIERA GONZALEZ., M^a.C <El consorcio foral> en Actas sobre los Séptimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, 1998, p.125-165*).

⁸ En este punto de determinar la naturaleza del consorcio foral, no han sido pocas las divergencias doctrinales y es importante tenerlas en cuenta de cara a la influencia que una u otra ejercen sobre la disponibilidad *inter vivos* de los bienes consorciales y de cómo afecta la calificación en cuestión al derecho de viudedad. Por una lado se considera que el consorcio foral es una sustitución fideicomisaria, con lo cual queda vedada la disposición *inter vivos* de un consorte a otro porque la misma supone un menoscabo en los derechos de los hijos, si los hubiera, o, en su ausencia, los derechos de los otros consortes, al ser sustitutos fiduciarios, -salvo el caso del fideicomiso de residuo-. En este caso habría que considerar asimismo si sobre los bienes consorciales cabe derecho de viudedad o no del cónyuge supérstite, dado que, según el art. 77 de la Compilación de 1967 se hallan libres de gravamen vidual los bienes del cónyuge muerto sujetos a sustitución fideicomisaria, lo cual parece indicar que no existe esa viudedad y que pasa directamente a los hijos o a los demás consortes por acrecimiento en defectos de ellos. No obstante sobre esta cuestión se ha pronunciado Adolfo CALATAYUD SIERRA, señalando que incluso en los casos de acrecimiento, el cónyuge supérstite tiene derecho de viudedad sobre todos los bienes, incluyendo la cuota indivisa sujeta a consorcio, lo que confirma que puede haber consorcio sobre la nuda propiedad. En lo que al derecho de viudedad sobre la cuota consorcial se refiere, debe destacarse que el tenor vigente del art. 374. 3 CDFA (59.3 LS) acogió la tesis sostenida por el mencionado notario, con lo cual, los descendientes o, en su ausencia, demás consortes obtendrían la nuda propiedad de los bienes.

Otra parte de la doctrina sostuvo en su momento que el consorcio simplemente configura determinadas reglas de la comunidad hereditaria y, en consecuencia, la disposición *inter vivos* de los bienes por parte del consorte no lesionaba el derecho de los hijos, en tanto en cuanto éstos no tienen derecho sobre los bienes en vida del padre.

En opinión de D^a María del Carmen SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ el consorcio no es una sustitución fideicomisaria sino que es la comunidad hereditaria que se forma entre los descendientes al suceder a sus ascendientes en determinados bienes inmuebles y que se caracteriza porque la actuación mancomunada que se produce entre los miembros del consorcio para la validez de los actos de disposición *inter vivos*. De lo que se deriva la prohibición para los consortes, individualmente considerados, de disponer *inter vivos* o *mortis causa* de la parte que tienen en la comunidad, pues éstas cuotas, a diferencia de lo que sucede en la comunidad romana, no son exclusivas del consorte; y porque en caso de muerte de algún consorte sin descendiente se produce el especial acrecimiento a favor de los que quedan. No obstante sí se permite la enajenación conjunta de los bienes del consorcio por parte de los consortes siempre y cuando se trate de un actuación a mano común de los miembros integrantes del consorcio tal y como ha indicado el Obispo D. VIDAL DE CANELLAS.

comentarios recibidos por la doctrina ya en las discusiones tendentes a la elaboración del Proyecto de Código Civil aragonés de 1890 y de ser durísimamente criticada en sentencias como son por ejemplo, las de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 1917 y de 1924, y a pesar de no haber sido recogido en el Apéndice de 1925, la institución del consorcio foral fue rescatada en la Compilación de 1967: la norma, de naturaleza prohibitiva del art. 142 de la Compilación la contempla y regula de una forma bastante estricta, restringiendo los derechos de los sujetos, a mi juicio, excesivamente. La Ley de Sucesiones, aplicable al supuesto que nos ocupa, la contempla asimismo en sus arts. 58 y ss estableciendo modificaciones que la doctrina venía reclamando dada la estricta regulación que la Compilación mantenía; y hoy viene asimismo consagrada en nuestros arts. 373 y ss del CDFa. En síntesis, es una institución que opera *ope legis e ipso iure* cuando se dan las condiciones para su existencia, condiciones reguladas en la Ley, sin perjuicio de su carácter no imperativo, de modo que es posible, gracias a la Ley de Sucesiones impedir la formación del consorcio foral, como ya se ha hecho referencia.

Así las cosas, procede determinar que, el consorcio originario es aquel que se constituye conforme a la Ley (art. 58 y ss LS, hoy, art. 373 y ss CDFa) cuando son varios hermanos o hijos de hermanos los que van a adquirir a título gratuito y con carácter indiviso uno o varios bienes inmuebles provenientes de un ascendiente. No resulta admisible pues, la formación del consorcio con bienes procedentes de los colaterales ni cuando lo que se hereda son bienes muebles, habiendo quedado superada ya por la Ley de Sucesiones dicha posición. No obstante, dentro de los bienes inmuebles cabe señalar que forman parte de ellos los enumerados en el art. 334 CC que se hallen dotados de autonomía. Así opinaba el profesor LACRUZ que no solo se entienden comprendidos los inmuebles por naturaleza, sino que además habría que considerar los inmuebles por analogía, opinión que parecen sustentar asimismo MERINO HERNÁNDEZ y M^a del Carmen SÁNCHEZ FRIERA GONZÁLEZ.

En nuestro caso concreto es pues con la sucesión de D^a Carolina García y D. Alejandro López cuando se produce el consorcio o fideicomiso foral entre los seis hermanos que concurren a la sucesión en cuestión y adquieren a título lucrativo, en concepto de herederos, los bienes de la herencia de sus padres de forma inmediata, esto es, no habiéndose adquirido tales bienes a través del patrimonio de otras personas

(terceros extraños o incluso colaterales) sino de una forma directa o inmediata de Doña Carolina y Don Alejandro a sus hijos consortes. En este sentido cabe mencionar que los bienes recibidos de don Alejandro existiendo nombramiento de fiduciario –su esposa Carolina– encargado de distribuir la herencia, se entienden recibidos por sucesión inmediata dado que la fiducia tiene como objetivo la distribución de la herencia y no es otra cosa sino la potestad de actuar sobre los bienes de una herencia, por voluntad del causante, en beneficio de sus herederos y sin derechos ni interés para el fiduciario. En efecto, en palabras de de PALÁ MEDIANO « el fiduciario no es un titular “*ad tempus*” de la herencia»⁹.

Dicho esto, el consorcio se iniciará cuando la atribución en proindivisión se lleve a cabo, es decir, que el consorcio nacerá cuando coincida la titularidad de D^a Ana López García, D. Fernando López García, D^a Marta López García, D^a Catalina López García, D. Úrbez López García y D. Vicente López García, sobre los bienes inmuebles una vez aceptada la herencia.¹⁰

Sin perjuicio de que la delación de la herencia se produce, en este caso, al fallecer el causante, dado que la fiducia se ejecutó en el testamento abierto que D^a Carolina García Sánchez otorgó ante Notario, el consorcio se forma en el momento de la adquisición de los bienes ex art. 58. 1 LS (373.1 CDFa) «[...] desde que varios hermanos o hijos de hermanos hereden [...]» esto es, cuando se produce la escritura pública de aceptación de herencia¹¹, y en consecuencia se heredan dichos bienes, pues los mismos pueden ser renunciados y en su caso, nunca llegar a heredar, que tal y como consta en antecedentes, fue en el año 2010.

Todo lo anterior me permite afirmar que el consorcio foral surgió entre los hermanos D^a Ana López García, D. Fernando López García, D^a Marta López García, D^a Catalina López García, D. Úrbez López García y D. Vicente López García y que operó desde el momento de la aceptación, produciendo los efectos que la Ley de Sucesiones detalla en su art. 59 (374 CDFa), cuando dice que: «vigente el consorcio foral, sólo

⁹ Vid. MONTOJO MICÓ, F., «*Modificaciones introducidas por la Ley de Sucesiones de 1999*».

¹⁰ Véase Sentencia de 3 de marzo de 1964 en concordancia con la opinión doctrinal del profesor LACRUZ y de la profesora M^a Carmen SÁNCHEZ-FRIERA.

¹¹ En relación con la aceptación y repudiación de la herencia en general *vid.* los vigentes arts. 342 y ss. CDFa.

son válidos los actos de disposición *inter vivos* o *mortis causa*, realizados por un consorte sobre su cuota en el consorcio o en alguno de los bienes que lo integran cuando se otorguen a favor de sus descendientes, que con ello adquirirán la condición de consortes, o de otro consorte». Ello pone de manifiesto que el principal efecto del consorcio viene a ser la indisponibilidad de los bienes objeto del mismo.¹² Esta restricción pone de manifiesto la limitación a la libertad de disponer por parte del consorte en cuestión, como ya decía D. VIDAL DE CANELLAS.¹³

Como consecuencia de lo anterior, es necesario destacar que la realización de un acto de disposición prohibido es siempre inválido, por ser opuesta a la ley. Así no será válida la cuota que de un bien consorcial se transmita por un consorte a una persona que según la ley no puede formar parte del consorcio, dicho en otros términos, una persona “no consorciable”. Nótese que hay casos en los que se establecen excepciones a la norma principal de indisponibilidad de cuota, de las que me ocupo más abajo. De otra parte, puede haber lugar a la ineficacia parcial de la disposición, cuando por parte de un consorte se disponga de la cuota en el bien sujeto a consorcio foral a favor de varias

¹² La Ley de Sucesiones ha modificado asimismo lo establecida en este punto por la Compilación de 1967, en tanto en cuanto esta última no permitía a ninguno de los consortes disponer ni *inter vivos* (art. 142.1º de la Compilación) ni *mortis causa* (art. 142. 2º), salvo, en este último caso, en favor de sus descendientes.

¹³ D. VIDAL DE CANELLAS ya ponía de manifiesto que la regulación de esta imposibilidad de disponer en materia de consorcio foral se encontraba endurecida respecto a la que establecían los Fueros *De Communi dividendo* y en las *Observancias*. En estos términos es citado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia posterior, en sentencias como la de 16 de Diciembre de 1899 y 19 de Diciembre de 1903 donde se explica que la prohibición de disponer que se establecía sobre los consortes operaba cuando éstos realizan a actos de enajenación a favor de extraños a la comunidad consorcial, esto es, se prohibían determinados actos de disposición *inter vivos* cuando el destinatario de tales actos *era ad alium hominem*, esto es, un extraño. No obstante la Compilación de 1967 debe interpretarse de modo que incluya asimismo en la prohibición de disponer los actos realizados, ya no solo a favor de extraños, sino también a favor de los otros consortes. Estos actos eran, sin embargo realizados según el Derecho histórico sin siquiera el consentimiento de los otros consortes, por cuanto se estimaba – *inter alia* 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. Diferente fue el pensamiento de PORTOLÉS cuando al respecto señaló que si el consorte tenía hijos sí que sería necesario el consentimiento de éstos cuando quisiere disponer a favor de otro de los consortes.

En mi opinión, haciendo una interpretación acorde al que se considera que es el fin último de la institución, es coherente la idea de MOLINO de no exigir consentimiento para la transmisión de los bienes del consorcio a favor de otros consortes, dado que el no consentimiento no frustra el fin último de la institución, que recuerdo que consistía fundamentalmente en la preservación de los bienes en el patrimonio familiar. No obstante, sí estoy de acuerdo con PORTOLÉS en exigir el consentimiento de los hijos del consorte en cuestión en el caso de que existan, pues los mismos, como de la propia regulación del consorcio se deduce al primarse que las cuotas vayan a ellos sobre el especial acrecimiento, son los hijos los que tiene prioridad a la hora de repartir los bienes y en todo caso, como de las reglas de Derecho civil se deriva en general, son los preferentes a la hora de recibir los bienes, por ser asimismo consortes.

personas, reuniendo solo alguna de ellas los requisitos para ser beneficiaria de la disposición. En este caso la disposición solamente es inválida en relación con aquellos destinatarios que no reúnan los requisitos para recibir dicha cuota. Además, en estos casos de invalidez (total o parcial) se da una ineficacia intrínseca del acto en cuestión llevado a cabo contraviniendo las normas específicas del consorcio foral, en el sentido de que su realización no va a lesionar los derechos de los consortes. Dicha ineficacia se produce entonces «*ipso iure*» por sí misma, sin necesidad de intervención judicial. Tal infracción acarrea como sanción la nulidad de la actuación en cuestión.¹⁴

No es escasa la problemática que se plantea cuando es un tercero de buena fe no consorciable el que adquiere de forma onerosa de un consorte una cuota sobre el inmueble y formaliza la venta en Escritura Pública accediendo la misma al Registro, en el que no consta de forma expresa la existencia del Consorcio. No obstante, como tal adquisición estaba prohibida por el art. 142.1 Compilación (hoy 59 LS y 374 CDFR), se plantean dudas sobre si el adquirente se puede considerar tercero de buena fe o no, y en consecuencia su derecho sobre el bien adquirido resulta inatacable o no. En opinión de Pedro MARTÍNEZ VIAMONTE, señala que el art. 34 LH incluye al tercero de buena fe dentro de la protección registral, pero no considera que el sujeto no consorciable que adquiere la cuota de un consorte sea un tercero hipotecario: a modo de ver del mencionado notario, el adquirente es parte de la relación jurídica viciada y por ello no puede considerarse tercero, lo cual impide su protección registral¹⁵. Personalmente considero que el extraño que adquiere una cuota del consorte que figura como titular del bien sin que el Registro publique su naturaleza consorcial, lo hace a título oneroso, está de buena fe y a su vez inscribe en el Registro, debería ser acreedor de la protección que le brinda el 34 de nuestra Ley Hipotecario.

¹⁴ En opinión de Pedro MARTÍNEZ VIAMONTE, con independencia de calificación de acto llevado a cabo contraviniendo la normativa, sería imprescindible una declaración de ineficacia que implicase la restitución de las cosas a la situación jurídica preexistente (art. 1303 CC) y que en el caso de haber fallecido el consorte enajenante supondrá el acrecimiento de la cuota transmitida a favor del resto de consortes. Es así como se cumple con la verdadera finalidad del consorcio. El mismo MARTÍNEZ VIAMONTE rechaza la sanción de nulidad, en tanto en cuanto la misma se aplica para cuestiones de interés general y el consorcio no puede considerarse de tal interés, máxime cuando las normas a tratar son de contenido patrimonial, caracterizado siempre en el Derecho aragonés por su regulación bajo la autonomía de la voluntad de las partes en cuestión. El hecho de que rechace la sanción de nulidad para el acto llevado a cabo por el consorte contraviniendo la norma legal implica que en cualquier momento otro consorte puede impugnarlo con la idea de que se restituya la situación patrimonial, de modo que los bienes vuelvan a la situación consorcial y, en el caso de que el enajenante hubiera fallecido, hubiera lugar al acrecimiento (vid. SÁNCHEZ-FRIERA GONZALEZ., M^a.C «El consorcio foral» en *Actas sobre los Séptimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, 1998, p.151-165).

¹⁵ Para este autor sólo merece la condición de tercero quien de buena fe adquiera el bien en cuestión, en una ulterior enajenación, esto es, un subadquirente (vid. SÁNCHEZ-FRIERA GONZALEZ., M^a.C «El consorcio foral» en *Actas sobre los Séptimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, 1998, p. 140-1).

La prohibición de disposición, con carácter general, que se establece para cada consorte en sus respectivas cuotas (art. 59.1 LS, 374.1 LS) debe considerarse una regla de funcionamiento de la comunidad consorcial que tiene por objeto la finalidad última del consorcio, que viene a ser la conservación de los bienes consorciales en el patrimonio familiar y en consecuencia, impedir que la cuota indivisa sea adquirida por personas distintas de los descendientes del consorte o de otro consorte. Es por ello que dicha prohibición tiene sus excepciones, en tanto en cuanto las mismas no afectan al fin último de la institución. Así pues, es posible la enajenación conjunta de los bienes consorciales por parte de los consortes o por uno en representación o con el debido consentimiento de los otros, y de hecho ha sido aceptada de forma unánime por la doctrina, en tanto en cuanto se trata de una actuación a mano común de los miembros integrantes del consorcio. Del mismo modo es posible establecer como excepción a la prohibición del art. 59 LS de la Compilación la disposición sobre inmuebles jurídicamente indivisibles cuando se ha solicitado la división por uno de los consortes pero se ha producido la negativa del resto a la misma (cfr. artículos 60-61 LS, 375-376 CDFA).¹⁶

De todo lo anterior se desprende la idea de que a pesar de su origen sucesorio, esto es, que en su inicio es una comunidad hereditaria, la misma difiere, como ya ponía de manifiesto Honorio Romero, de la contemplada en el CC. Así las cosas, la comunidad consorcial es germánica o comunidad a mano común, salvando el hecho de que cada consorte pueda hacer uso de la acción de división para la disolución del consorcio (art. 61 LS, 376 CDFA) o incluso pueda separarse del mismo, de modo que dejen de afectarle a él, personalmente, los efectos de la institución (art. 60 LS, 375 CDFA) etcétera, en cualquier momento sin necesidad de mayoría. Asimismo, al contrario que en la comunidad hereditaria del CC, la cuota del consorte que recae sobre inmuebles, como ocurre en el supuesto sobre el que tenemos que dictaminar, y fallece tiene unos destinatarios obligados: los descendientes, y en su defecto los demás

¹⁶ En estos casos podrían, en opinión de Pedro MARTÍNEZ DE VIAMONTE ejercitarse los retractos legales previstos, es decir, el de comuneros, el de coherederos y el de abolorio *ex* art. 149 de la Compilación (588 y ss CDFA), cuando se den los requisitos para ello, pues tales actuaciones contribuyen a la protección y mantenimiento del consorcio, evitando la división de los bienes o la intromisión de extraños, especialmente cuando la relación con alguno/s de los consortes, por avatares de la vida, se pudieran haber deteriorado (*Vid.* SÁNCHEZ-FRIERA GONZALEZ., M^a.C <<El consorcio foral>> en *Actas sobre los Séptimos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, 1998, p.151-165).

consortes o sus descendientes por acrecimiento, sin posibilidad de destinarla a otros posibles herederos o legatarios, con independencia de su grado de parentesco con los consortes, lo cual merma considerablemente el derecho a testar libremente sobre los bienes.¹⁷

Con la muerte de la tía de D. Carlos, esta es, D^a Marta López García, se produce una modificación subjetiva del consorcio, dado que, al morir sin descendencia y al no existir sustituto nombrado por Doña Carolina en calidad de testadora-fiduciaria que dio origen al consorcio, la porción de Marta acrece a los demás miembros del consorcio *ex art. 59.3 LS* (actualmente art. 374.3 CDFa), que dice así: «si un consorte muere sin descendencia, su parte acrece a los demás consortes, que la reciben como procedente del ascendiente que originó el consorcio. En caso de recobro de liberalidades, el acrecimiento no se produce respecto de los bienes recobrados». Así las cosas, en defecto de recobro de liberalidades, los bienes que conforman la cuota consorcial de D^a Marta López García, y que eran asimismo los bienes de naturaleza troncal que conformaban su sucesión, acrecen a los cinco hermanos restantes, que todavía vivos conforman el consorcio. Así pues, es importante señalar que no por la muerte de un consorte la institución se disuelve, siendo las causas de disolución las establecidas en la Ley de Sucesiones, en su art 61.1 (376 CDFa), sino que, al haber muerto D^a Marta sin descendencia y sin haberse separado del consorcio, esto es, seguía siendo consorte en el momento de fallecimiento, su cuota (1/6) acrece a sus hermanos, que son herederos consorciables, y ello implica que la misma se va a expandir en las cuotas de los demás consortes, por cuanto nunca ha salido del consorcio, al no considerarse transmitida por el consorte fallecido. Dicha porción, mantiene según el art. 59.3 LS, hoy art. 374.3 CDFa, el carácter de consorcial.¹⁸

¹⁷ Observamos aquí un claro choque entre el derecho a testar libremente y a disponer de los bienes propios con el principio de conservación de los bienes en el patrimonio familiar, que persigue una finalidad económica que, aunque parece pensada en relación con una infraestructura agraria, la misma podría potenciarse, en opinión de D^a María del Carmen SÁNCHEZ-FRIERA GONZÁLEZ sobre cualquier tipo de empresa familiar. En opinión de esta autora, el consorcio vendría a resolver los problemas que a este tipo de empresas se le presentan, en orden a su continuidad y conservación, al ocurrir el fallecimiento del empresario. Con la misma finalidad de preservar el patrimonio familiar que el consorcio foral surgieron en el Derecho Aragonés figuras como la sociedad conyugal continuada (desaparecido ya con la entrada en vigor de la Ley de Sucesiones) y la fiducia sucesoria (*Vid. SÁNCHEZ-FRIERA, op.cit., p.125-165*)

¹⁸ Así recogieron el acrecimiento los Fueros «*De communi dividendo*» y en las Observancias «*De consortibus eiusdem rei*», en regulación sustancialmente coincidente con la que estaba contenida en el art. 142.1.3º de la Compilación y para el caso que nos ocupa lo está en el art. 59.3 LS (actualmente art. 374.3 CDFa). La doctrina se divide, tal y como manifiestan los profesores MERINO y LACRUZ en lo que a

El acrecimiento consorcial difiere del derecho de acrecer regulado en los arts. 981 a 987 del CC y en los arts. 166 a 168 de LS, hoy art. 481 y ss CDFa y no ocurre siempre en los casos que estas normas describen. Así pues, el especial acrecimiento consorcial tiene lugar después de ser consorte y no antes, tal y como se desprende del art. 59.3 LS (374.3 CDFa) cuando dice «[...] acrece a los demás consortes [...]» y el efecto es la expansión proporcional (y no por cabezas) de la cuota del consorte, por lo que es correcto hablar de un acrecimiento en el condominio.

Así pues, D^a Ana López García, D. Fernando López García, D^a Marta López García, D^a Catalina López García, D. Úrbez López García y D. Vicente López García, recibirán 1/30 cada uno de la parte de su hermana, dado que todos tenían la misma proporción (1/6) de bienes consorciales. De este modo se producen dos transmisiones: una de los causantes (Carolina y Alejandro) a un heredero –Marta- y otra de ésta (Marta) a sus consortes (sus hermanos), dado que el acrecimiento se lleva a cabo por ellos, sin tener en cuenta la proximidad en el grado de parentesco, sino solamente la cualidad de consorte.¹⁹

De todo lo anterior se deduce que, sin perjuicio del legado que hizo D^a Carolina López García a favor de D. Carlos Pérez López, el mismo no tiene derecho a adquirir ningún otro bien de la herencia de D. Alejandro y D^a Carolina debido a la existencia del consorcio foral que se forma entre los hijos nombrados herederos en el correspondiente testamento. Dicho consorcio no se ha disuelto en ningún momento, y nótese que de

la consideración del acrecimiento consorcial se refiere. Por un lado se estima el acrecimiento consorcial como un supuesto especial de sucesión directa del causante originario de los bienes, este es, el ascendiente común, con lo cual la porción acrecida deberá ser considerada consorcial; y por otro lado se considera que la sucesión de bienes consorciales entre consortes es solo una especial forma de suceder, que elimina la preferencia de grado y cuya causa proviene del propio consorte muerto, con lo cual la porción acrecida no forma parte ya del consorcio. Las consecuencias de adoptar una u otra postura son relevantes en lo que a la situación de disponibilidad o no de los bienes consorciales se refiere: pues bien, mientras que de la primera postura se deriva la indisponibilidad de los bienes dado que los mismos nunca han salido del consorcio al no considerarse transmitidos por el consorte fallecido; la segunda admite que, aun continuando en proindiviso tales bienes, no le afecta al consorte en cuestión la prohibición de disponer, ni serían sus titulares acreedores de posterior acrecimiento (*Vid.* MONTORO MICÓ, F., «Modificaciones introducidas por la Ley de Sucesiones de 1999»).

¹⁹ Diferente es el caso en el que el consorte muerto tiene descendencia, dado que esta situación impide el especial acrecimiento en tanto en cuanto la cuota del consorte muerto, que sigue teniendo el carácter de consorcial, pasa a los hijos (interpretación *a contrario* del art. 142.3 de la Compilación y del art. 59.3 de la LS, actualmente art. 374.3 CDFa) que formarán parte del mismo consorcio en el que estaba su padre en vida en tanto en cuanto vienen a subrogarse en la posición del padre, dado que no se prevé por la ley que la muerte del consorcio provoque la extinción del mismo.

dicho consorcio foral nunca forma parte Josefina, madre de Carlos: de haberlo hecho, éste hubiera tenido la calidad de heredero consorciable *ex art. 373 CDF*. Así pues, esta limitación no se deriva de la naturaleza troncal o no de los bienes, sino del hecho de que los mismos quedan inmersos en el consorcio foral que se forma entre los hijos, y que tiene su propia regulación, que impide mientras esté vigente el consorcio, tal y como indica el art. 59.1 LS, la disponibilidad de los bienes *inter vivos* o *mortis causa* salvo en favor de descendientes, y para el caso que nos ocupa, D. Carlos Pérez López no es descendiente de ninguno de los consortes, sino que es sobrino de todos ellos. Esta prohibición de disposición, una vez más, se fundamenta en la garantía del fin último que la institución pretende, que no es sino el mantenimiento y conservación de los bienes en el patrimonio familiar y es por ello que la prohibición de disposición que se impone a los consortes constituye una regla más, que como el resto de reglas especiales que regulan la institución van dirigidas a evitar que, en esa situación de indivisión, siempre problemática, según D. Adolfo CALATAYUD SIERRA²⁰, ingresen en la comunidad personas distintas a ese círculo familiar estrecho cotitular de los bienes o sus descendientes. Nótese que, curiosamente, en este caso concreto el heredero no consorciable forma parte de familia: ha sido el juego de la premoriencia de su madre – quien, parece ser, de haber sobrevivido a sus padres hubiera heredado junto a sus hermanos– lo que le impide entrar en el consorcio.

Debe considerarse que, sin perjuicio de no poder formar parte del consorcio D. Carlos Pérez López, el mismo sí tiene derecho a la cuota que le pertenece de la herencia de su tía Marta, siendo ésta en abstracto, de igual valor a la de sus tíos. Es por ello que, estaría facultado el Sr. Pérez para exigir que su cuota hereditaria se satisfaga de forma que, si no hubiese caudal suficiente para atender su cuota, los coherederos deberán resarcirle conforme a bienes extrahereditarios.

Atendiendo a las consideraciones vertidas en el presente dictamen, y sobre el extremo objeto de consulta, el Letrado que suscribe cree posible sentar las siguientes

²⁰ CALATAYUD SIERRA, «*Cuestiones prácticas... » op cit. p. 215-225).*

IV. CONCLUSIONES

PRIMERA.- En relación con la posible concurrencia de D. Carlos Pérez López a la herencia de su tía D^a. Marta López García hay que determinar que el mismo podrá acceder a la cuota de bienes de naturaleza industrial o de patrimonio, estos son, aquellos bienes que configuran la cuota no troncal de la herencia de su tía D^a Marta y en consecuencia, el Sr. Pérez concurre a la herencia de su tía D^a Marta en lo que a la cuota de bienes industriales o de patrimonio se refiere, junto con sus tíos, en tanto en cuanto es colateral hasta el cuarto grado, y por ello queda incluido en el orden de sucesión que establece el art. 517 b) CDF.A.

SEGUNDA.- Sobre los bienes que configuran la cuota troncal de la sucesión, estos son, aquellos bienes que D^a Marta López García adquirió y aceptó en escritura pública de 2010, junto con sus hermanos, de sus padres fallecidos, cabe señalar que D. Carlos Pérez López, como heredero no consorcial que es, encuentra una limitación que no viene dada por la naturaleza troncal de dichos bienes sino por la institución del consorcio foral que se ha configurado tal y como se establece en el fundamento jurídico segundo. Así pues, al morir D. Marta López García como miembro del consorcio foral que ha lugar entre los hermanos que sobreviven y concurren a la herencia de los finados D. Alejandro López Ferrer y D^a Carolina García Sánchez, se aplican a la sucesión las normas que para el consorcio foral rigen. Dichas normas establecen que, al morir uno de los consortes el efecto es el especial acrecimiento al que me he referido en el fundamento jurídico tercero, y la consecuencia de ese especial acrecimiento, que se produce a favor de los demás consortes es que, al no tener ni D. Carlos Pérez López ni su fallecida madre Josefina la cualidad de consorte, a él no le corresponderán bienes de la herencia de su tía, en lo que a la parte consorcial, que coincide asimismo con los bienes troncales de la herencia al ser la cuota que de sus padres recibe D^a Marta López García, se refiere. Así pues, la parte consorcial de D^a Marta López García acrece a los demás herederos consorciables y D. Carlos, al no ser heredero consorcial no puede recibir nada de esta cuota.

TERCERA.- D. Carlos Pérez López no podrá concurrir a la herencia de sus abuelos en lo que a los bienes indivisos se refiere, estos eran, la vivienda unifamiliar y la finca rústica, pues la limitación que se le impone al Sr. Pérez a la hora de concurrir a la herencia de sus abuelos viene determinada, en efecto, por la existencia del consorcio foral, que como institución que pretende la salvaguarda de los bienes en el patrimonio familiar, viene regulada por unas normas limitativas de los derechos de libre disposición de los consortes, que impiden, en efecto, la transmisibilidad de los bienes al Sr. Pérez por parte de ninguno de los consortes al no ser el mismo descendiente de los citados consortes.

CUARTA.- Téngase presente que la cuota correspondiente a D. Carlos Pérez López en la herencia de D^a Marta López García es idéntica a la de sus tíos. El hecho de que no pueda formar parte del consorcio implicará que su porción deberá ser recibidas en los bienes de patrimonio que haya en el caudal relicto de su tía, recurriéndose, de ser necesario, a la compensación por parte de sus tíos-coherederos con efectivo extrahereditario.

Este es mi dictamen, que someto a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

En Zaragoza, a 12 de Mayo de 2015

Fdo: Paula Aznar Forniés

ANEXO I

ÁRBOL GENEALÓGICO DE LA FAMILIA LÓPEZ GARCÍA

