

MÁS DE UNA DÉCADA DE VIGENCIA DEL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN EN LOS REGISTROS DE LA PROPIEDAD

MORE THAN A DECADE OF VALIDITY OF THE CODE OF FORAL LAW OF ARAGON IN LAND REGISTRIES

MARÍA PILAR PALAZÓN VALENTÍN
Registradora de la Propiedad

Aunque el título hace referencia a un plazo de vigencia de una década del Código del Derecho Foral de Aragón, en realidad el proceso legislativo que conduce al mismo y que supuso que el ordenamiento civil aragonés, plasmado en la Ley 3/1985, de 21 de mayo, sobre la Compilación del Derecho Civil de Aragón, sufriera una profunda actualización y reelaboración, había comenzado hacia más de una década. Así lo recoge el propio Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes Civiles aragonesas: «Con la Ley de Derecho civil patrimonial de 2010, última de las leyes objeto de refundición, se cierra el ciclo de algo más de diez años que abrió la Ley de sucesiones por causa de muerte en 1999 y se culmina la entonces anunciada reformulación legislativa del Derecho civil de Aragón contenido en la Compilación».

Hemos pasado de 153 artículos a 599, para, según el propio Decreto Legislativo, «acliarar y completar las normas anteriores, proporcionar pautas de interpretación, aumentar de este modo la seguridad jurídica y robustecer la eficacia social de las normas en cuanto conformadoras de las relaciones privadas».

Pero, y es lo más importante, se observa desde que comenzó el proceso de reforma un notable incremento de las instituciones propias aragonesas. En efecto, en mi experiencia profesional puedo constatar que, tradicionalmente, era sobre todo en la provincia de Huesca en la que abundaban las capitulaciones matrimoniales en las que comparecían los futuros contrayentes junto con sus

padres para determinar el haber de la casa al tiempo de contraer matrimonio así como para establecer la fiducia colectiva que regulara la sucesión hereditaria futura, ligada a la idea de la institución de heredero único como forma de proteger el patrimonio familiar. En las zonas en que como consecuencia de la Guerra Civil se habían destruido los Registros de la Propiedad, las aportaciones de fincas a la sociedad consorcial se convirtieron en el instrumento para inmatricular las fincas en el Registro de una forma ágil y con bajo coste impositivo, con independencia de que el origen o titularidad fuera realmente o no privativo de los cónyuges. En Zaragoza se había extendido el otorgamiento de testamentos mancomunados con la atribución de la facultad fiduciaria al otro cónyuge, lo que en la práctica implicó dos cosas: por un lado el decaimiento de la fiducia colectiva, y, por otro, el aumento del consorcio foral, ya que en muchas ocasiones el cónyuge viudo fallecía sin haber hecho uso de la fiducia, por lo que entraba en juego la cláusula testamentaria que disponía en esos casos que los hijos heredaran por partes iguales. Poco más puede ponerse de manifiesto al margen de los efectos derivados de la propia regulación que la Compilación hacía de la capacidad de los menores, la autoridad familiar y el usufructo vidual.

Las presentes notas no pretenden abordar todas las instituciones civiles aragonesas, ni señalar todo lo que ha sido objeto de reforma sino llamar la atención sobre ciertos aspectos cuya actual regulación resulta muy positiva en la práctica o aquellos que, por el contrario, plantean algunas cuestiones que no han quedado resueltas o que podrían mejorarse. Todo ello desde la experiencia del trabajo diario en un Registro de la Propiedad.

Así, en materia de menores de edad, resulta de gran utilidad práctica la regulación contenida en el artículo 366.2 del CDFA que establece, en sede de partición hereditaria, cuando se trate de menores de catorce años, que «no será necesaria la intervención de ambos padres ni la aprobación de la Junta de Parientes o del Juez cuando la participación se limite a adjudicar proindiviso a los herederos en la proporción en que lo sean todos los bienes integrantes de la herencia», ya que es la forma habitual de liquidación cuando hay hijos de tan temprana edad puesto que se desconocen sus necesidades futuras y tampoco se han desarrollado conductas que conlleven la conveniencia de apartarlos de la misma.

Conviene llamar la atención, porque a veces induce a confusión, la distinción que el CDFA hace, cuando se trata de menores mayores de catorce años, entre el acto de aceptación de la herencia y la partición: el artículo 346.1 les reconoce capacidad para aceptar la herencia por sí solos, pero, hay que tener en cuenta que en la casi totalidad de los casos, en la misma escritura notarial se recoge la aceptación de la herencia y la manifestación y partición de los bienes y, sin embargo, para esta última el artículo 367.1 del CDFA exige que los menores mayores de catorce años intervengan con la debida asistencia. Y no se recoge una norma similar a la contenida en el artículo 366.2 ya mencionado. En la práctica suele intervenir uno de los padres o los dos en la medida en que se trate de bienes consorciales cuya sociedad hay que liquidar o estemos ante el viudo usufructuario, pero si se trata

de herencias de otros parientes o de terceros, deberán estar debidamente asistidos en la partición: no es irrelevante para el menor permanecer en una situación de proindiviso con otros familiares o extraños. Ni tampoco es irrelevante la adjudicación de bienes concretos y una posible commutación del usufructo viudal.

Por lo que respecta a la junta de parientes, de gran utilidad práctica puesto que evita tener que acudir a la autorización judicial, interesa destacar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 21 de agosto de 2019 (BOE de 30 de octubre) que distingue entre la constituida bajo fe notarial (regulada en el artículo 174 del CDFA) y la judicial (artículo 175 del CDFA). No estando prevista la notarial en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, habrá que acudir al artículo 209 del Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado: será necesario otorgar la correspondiente acta de notoriedad, pero que, según la DGRYN, no tiene por qué realizarse en documento aparte, pero sí que requiere cumplimentar los requisitos que exige el propio artículo 209 del RN, es decir, dejar constancia de las pruebas practicadas, de los documentos recabados para determinar la proximidad en grado, la manifestación de la idoneidad y la emisión detallada del juicio de idoneidad.

En sede de usufructo de viudedad, y de su manifestación previa como derecho expectante de viudedad, merece una valoración muy positiva la regulación contenida en el artículo 280 del CDFA, que declara extinguido este último derecho en una serie de supuestos, entre ellos los casos de enajenación válida de un bien consorcial (se daba la paradoja de que habiendo prestado el consentimiento para la venta se requería además, la renuncia expresa al derecho expectante de viudedad), así como en los casos de partición y división de bienes, normalmente privativos adquiridos por herencia, evitándose la concurrencia del otro cónyuge. Y de forma más categórica el párrafo 2º del citado artículo establece que «salvo reserva expresa, en toda enajenación en que hayan concurrido ambos cónyuges se extinguirá el derecho expectante de viudedad».

El usufructo de viudedad está contenido en el Libro Segundo del CDFA relativo al Derecho de Familia, puesto que es un derecho que se adquiere por razón de matrimonio, pero como se manifiesta al fallecer uno de los cónyuges se plantean algunas cuestiones de importancia práctica. Así, en primer lugar, la necesidad de distinguir entre este derecho y el usufructo que se pueda reservar el propio cónyuge viudo en los casos de donación de la nuda propiedad de los bienes o parte indivisa de los mismos que se hubiere adjudicado en la liquidación del haber consorcial: el viudo tendrá el usufructo sobre toda la finca, pero ese usufructo sólo lo será de viudedad en cuanto afecte a los bienes o parte de los mismos adjudicados previamente a la herencia. Siendo en todo caso usufructos vitalicios, la inalienabilidad que proclama el artículo 273 del CDFA no alcanzará al usufructo que pertenezca al viudo por vía de reserva de los bienes donados, por lo que podrá ser objeto de embargo o de enajenación. No así el usufructo de viudedad. Esa misma discusión en cuanto a su naturaleza se plantea cuando es de aplicación el artículo 16.2 del Código Civil, pero ello daría para

muchas páginas y no puede ser objeto de análisis en estas notas, aunque sí sea conveniente dejar apuntada la cuestión.

Plantea especiales problemas el usufructo del viudo cuando el último domicilio o el testamento se otorga fuera de Aragón, especialmente en zonas costeras o en Madrid, destino muy frecuente, por razones distintas, una vez que se alcanza la edad de jubilación: son lugares en los que se aplica el Código Civil y la cuota legal usufructuaria prevista en el mismo para el cónyuge viudo, o incluso el usufructo que ambos cónyuges puedan atribuirse en testamento carecen del carácter inalienable del usufructo de viudedad aragonés. O, al contrario, no se tiene en cuenta que, si los cónyuges están casados en régimen aragonés el usufructo sí será de viudedad, y por tanto inalienable, y no el del Código Civil. Será necesario hacer las averiguaciones pertinentes, tanto en la Notaría como en el Registro, para determinar ante qué usufructo estamos.

Valoración especialmente positiva merece también el artículo 291 del CDFA que recoge la libertad de transformación del usufructo por acuerdo entre el viudo usufructuario y los nudo propietarios, dando carta de naturaleza a la conmutación del mismo y permitiendo su transmisión al nudo propietario sin tener que acudir a la figura de la renuncia.

Una reflexión especial merece el consorcio foral, regulado en los artículos 373 y siguientes del CDFA. Como señalaba al principio de estas notas, son cada vez más los supuestos en que surge actualmente por la aplicación de la cláusula subsidiaria de los testamentos en que no se ejecuta la fiducia y, en general, porque la configuración del patrimonio como aquel que tiene que pasar a las distintas generaciones en una sola mano a través de la figura del heredero único desaparece en las zonas urbanas y aun en las rústicas fuera de las explotaciones agrarias o empresas ya constituidas al efecto. Por lo tanto, y siempre que la herencia o legado se adquiera de bienes en proindiviso bien sea por voluntad del testador o adjudicarse así los bienes en los supuestos de abintestato, quedará constituido el consorcio foral con las consecuencias que de él se derivan. También en el supuesto de bienes donados. No olvidemos que se trata de un especial régimen dispositivo que está limitando la libre disposición de los bienes, tanto *inter vivos* como *mortis causa*.

El primer problema que se plantea es el propio concepto de «bien inmueble»: hay que entender incluidas las partes indivisas de los mismos, puesto que, de lo contrario, quedarían excluidos todos los bienes consorciales, ya, que, de ordinario, se adjudican por mitad al cónyuge viudo y a la herencia, y así se reconoció por el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en sentencia de 10 de marzo de 2009 en sede de recurso de casación.

El segundo problema que surge a la hora de abordar la materia desde un punto de vista práctico, es el determinar si realmente estamos ante un consorcio foral o un mero proindiviso: el consorcio lo origina el causante, que ha de ser de vecindad civil aragonesa, y en muchas ocasiones en las inscripciones antiguas no se recogía tal circunstancia, sino sólo el domicilio, ni resultaba de los títulos aportados. Ello

conlleva una especial labor de indagación que no siempre llega a buen puerto y que, en mi opinión, en caso de duda, llevará a considerar que no estamos ante un supuesto de consorcio foral. No olvidemos que se trata de una figura que limita la libertad de testar o de enajenación y como tal habrá de ser interpretada de manera restrictiva.

Otro aspecto a tener en cuenta es la posible irrupción o concurrencia, en esa comunidad de herederos, legatarios o donatarios, del usufructo del cónyuge viudo de alguno de ellos. La materia era objeto de discusión bajo la vigencia de la Compilación, pero ha quedado resuelto en la actualidad por remisión recíproca de los artículos 278 del CDFA en sede de usufructo de viudedad y 374 en sede de consorcio, que únicamente permiten la concurrencia del usufructo de viudedad aragonés, excluyendo los derechos usufructuarios recogidos tanto en el CC como en otras legislaciones.

En algunas ocasiones surge la duda de, sobre todo cuando uno de los consortes carece de descendientes, si puede disponer a favor de su cónyuge (como heredero no podrá entrar en la comunidad, sino que acrecerá a los demás consortes sin perjuicio del usufructo de viudedad tal y como resulta del artículo 374.3 del CDFA) o en general, de sobrinos hijos de hermanos consortes. Con respecto a estos últimos, hay que tener en cuenta que se forma parte del consorcio a través de una vía mixta pero no independiente: es decir, si se trata de los propios descendientes —en cuyo caso adquirirán la condición de consortes— o de otros consortes se puede disponer a su favor tanto por acto *inter vivos* como *mortis causa*. Sin embargo, los sobrinos, si no son previamente consortes no pueden adquirir en vida ni heredar puesto que han tenido que adquirir tal cualidad de su propio progenitor. Es decir, no basta el parentesco para poder adquirir de un consorte, sino que hay que ser ya consorte, con excepción de los descendientes.

Otro de los problemas que se plantea, y cada vez más, es el de la existencia de un fiduciario dentro de un acrecimiento consorcial: ¿cómo acrece y a quién en esos casos, ya que no hay todavía determinación de heredero consorte? ¿acrece al haber hereditario o es preciso ejecutar aunque sea parcialmente la fiducia? Me inclino por la segunda postura para eliminar la indefinición en una comunidad en la que la falta de ejecución puede afectar a quienes no intervienen en la herencia del consorte fallecido, pero el tema no está resuelto por el CDFA.

Merece también una valoración positiva la posibilidad de separarse del consorcio prevista en el artículo 375 del CDFA. La existencia del consorcio cuando hay consortes sin descendientes favorece a los demás consortes, pues se beneficiarán del acrecimiento, en caso de fallecimiento de aquellos, pero a su vez la separación restablecerá la libertad de testar y disponer de los primeros. Es una decisión, por tanto, que requiere una reflexión previa y que no tiene por qué hacerse en el momento de recibir los bienes sino que puede dejarse para un momento posterior.

Esta posible separación también plantea otros aspectos: en algunos casos los herederos no se han separado del consorcio surgido al fallecimiento del primer

causante y sí lo hacen al fallecer el segundo, por lo que sigue vigente el primero. Sería, por tanto, conveniente que, si realmente su voluntad es no estar en consorcio, se tuviera en cuenta este aspecto al heredar del último de los progenitores y realizar una separación de ambos consorcios.

Por otro lado, dentro de un proindiviso ordinario puede surgir un consorcio en una parte indivisa por ser aragonés uno de los copropietarios, o varios de ellos, por lo que sobre un bien podrán constituirse múltiples consorcios con las limitaciones a la libre transmisión que ello implica y que habrá que tener en cuenta.

Capítulo aparte dedicaré a la figura de la fiducia sucesoria, regulada en los artículos 439 y siguientes del CDFA. A pesar de sus bondades, y por estar muy extendida su previsión en los testamentos, plantea multitud de problemas, no todos de posible solución.

El primero de ellos, dado que la esperanza de vida es cada vez mayor, es el que surge de la existencia de un fiduciario de avanzada edad y el posible deterioro cognitivo que pueda sufrir y que le impida ejecutar la fiducia, dado el carácter personalísimo de la misma tal y como establece el artículo 440.3 del CDFA. Si en el momento de abrirse la herencia del causante el fiduciario ya es muy mayor, quizás debería plantearse la ejecución de la fiducia o la renuncia al cargo ante la posible falta de discernimiento posterior. Téngase en cuenta que normalmente se establece la misma en testamentos en que los hijos, al tiempo del otorgamiento, son menores o se desconocen sus necesidades y prefiere dejarse la designación de heredero para un momento posterior, situación que ya no se da cuando se abre la sucesión en esos casos. Aunque el artículo 462 del CDFA prevé, en su redacción actual, la incapacidad judicial como causa de extinción de la fiducia, estamos ante un procedimiento que se dilata en el tiempo y puede haber necesidad perentoria de enajenar los bienes de la herencia, muchas veces para el propio cuidado y necesidades del fiduciario.

Ese carácter personalísimo de la fiducia no es un concepto pacífico en la práctica: entre las «facultades del fiduciario» que tienen carácter personalísimo, ¿se incluye la propia aceptación de la fiducia? No hay unanimidad en la respuesta. Personalmente entiendo que la aceptación no es un acto personalísimo, quizás porque considero que el núcleo de la fiducia es la designación de herederos, que, esa sí, sólo puede hacer el fiduciario. En todo caso tendría que ser un poder especialísimo, como el que se podría dar para vender alguno de los bienes sujetos a la fiducia en los supuestos y con los requisitos establecidos en el artículo 453 del CDFA.

En muchas ocasiones se plante el problema del testamento hecho por el fiduciario sin hacer ninguna precisión: habrá que entender que sólo dispone de sus bienes y no de los del primer causante para cuya sucesión regirá lo dispuesto en su testamento. Sería conveniente, y en muchos casos así se hace, realizar una indagación sobre la posible existencia de la fiducia.

Hay que destacar el acierto de la regulación contenida en el último inciso del artículo 259.3 del CDFA, que permite al cónyuge fiduciario realizar por sí sólo la liquidación y división del patrimonio consorcial «cuando se limite a adjudicar proindiviso todos y cada uno de los bienes a los herederos del cónyuge premuerto y a él mismo en igual proporción en que sean cotitulares del patrimonio», en cuyo caso se inscribirán las fincas a su nombre en la parte adjudicada por la liquidación de la sociedad consorcial, así como el usufructo sobre la restante y su facultad fiduciaria. No obstante, es necesario tener en cuenta que en algunos casos el cónyuge viudo se limita a aceptar la facultad fiduciaria y el usufructo de la herencia pero sin liquidar la sociedad consorcial, en cuyo caso no podrá inscribirse a su favor el usufructo viudal sobre bienes concretos.

Prevé también la regulación actual la ejecución parcial de la fiducia sin necesidad de practicar la previa liquidación de la comunidad conyugal, siendo el título adquisitivo, a efectos registrales, el de «asignación fiduciaria».

No tan frecuente como el nombramiento de fiduciario, aunque sí relevante, es la institución recíproca de herederos, tanto en los supuestos de matrimonios con hijos o previsión de los mismos como en caso de falta de descendientes. Viene regulada en los artículos 395 y siguientes del CDFA.

En el primer supuesto, el artículo 396.2 establece que el pacto «equivale a la concesión al sobreviviente de usufructo universal y vitalicio sobre los bienes del premuerto y de la facultad de distribuir la herencia».

En el segundo habrá que estar al tenor literal del testamento, de forma que si no se contempla expresamente la facultad de disponer *mortis causa* sólo podrá disponerse *inter vivos*, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, y si se ha previsto la existencia de un fideicomiso de residuo esta libertad de testar quedará limitada a los propios bienes en los términos que recoge la sentencia del TSJA de 5 de octubre de 2016.

Por otro lado, la redacción del artículo 395.3 del CDFA, resuelve el problema para el caso de que no se haya previsto un llamamiento posterior a tercero, formándose dos lotes en la misma línea que el artículo 419 para el testamento mancomunado y el artículo 531.2 en los supuestos de sucesión legal.

Destacar a su vez la especialidad del párrafo 2º del artículo 528 del CDFA en materia de troncalidad, que ha supuesto una novedad que se da con relativa frecuencia, así como el problema de la renuncia en la sustitución legal.

Por último, resaltar la escasa incidencia, a pesar de su extensa regulación, de los pactos sucesorios, afectados por el tratamiento fiscal de los mismos y que sigue siendo un tema de debate al igual que la liquidación tributaria de la fiducia sucesoria.

