

La reserva de facultades dispositivas a favor del instituyente en la sucesión contractual aragonesa

SUMARIO: 1. Los orígenes del artículo 102 de la Compilación.—2. La reserva del señorío mayor.—3. La formulación dogmática del señorío mayor a la vista del artículo 102 de la Compilación.—4. Las «otras facultades análogas» del artículo 102.

1. LOS ORIGENES DEL ARTICULO 102 DE LA COMPILACION (*)

Mientras en el artículo 65 del Anteproyecto de Compilación de 1962 se disponía que «salvo pacto en contrario y lo dispuesto en el artículo 163, el instituyente podrá disponer de sus bienes por acto *inter vivos* y a título oneroso», en el Anteproyecto de 1963, habida cuenta de que lo normal en Aragón es el nombramiento de heredero de presente y el consiguiente traspaso dominical inmediato a su favor, se invertía la norma y su artículo 61 establecía que «salvo pacto en contrario, el instituyente no podrá disponer de sus bienes por actos *inter vivos*, a título oneroso, sin el consentimiento del instituido».

Con ligeras puntualizaciones consistentes en eliminar la referencia al título oneroso y en circunscribir el ámbito de la norma a la disposición

(*) «Artículo 102. 1. En el nombramiento de heredero, pactado en consideración a la conservación del patrimonio familiar o de la casa, cuando el instituyente se reserve el *señorío mayor* u otras facultades análogas, se entenderá, salvo estipulación en contrario, que para disponer de los bienes inmuebles y de los comprendidos en el número 1.º del artículo 39 es exigible el consentimiento del instituido que viniere cumpliendo las obligaciones y cargas impuestas a favor de la casa.

2. No se requiere, sin embargo, dicho consentimiento para disponer por donación, asignando a sus descendientes dotes o legítimas al haber y poder de la casa. Tampoco se necesitará para hacer tales disposiciones en testamento.»

de los bienes sitios y los considerados como tales, los artículos 109 del Anteproyecto de la Comisión General de Codificación de 1965 y 102 del Anteproyecto emanado de la misma Comisión en 1966 mantenían la exigencia de que el instituyente debía contar con la voluntad del heredero para disponer de los bienes objeto de la institución.

En el artículo 102 del Anteproyecto aprobado por el Pleno de la Comisión General de Codificación, aceptado por el Gobierno y presentado a las Cortes como Proyecto de Compilación se dispuso, a su vez, que «en el nombramiento de heredero, pactado en consideración a la conservación del patrimonio familiar o de la casa, cuando el instituyente conceda al instituido el *señorío menor* reservándose el *señorío mayor* u otras facultades análogas, se entenderá, salvo estipulación en contrario, que, para disponer de los bienes inmuebles y de los comprendidos en el número 1.º del artículo 39, es exigible el consentimiento del instituido que viniere cumpliendo las obligaciones y cargas impuestas en favor de la casa».

Finalmente, el también artículo 102 de la Compilación promulgada respetó la fórmula acogida en el Proyecto, eliminando tan sólo la referencia a que el instituyente haya concedido al instituido el señorío menor.

Las sucesivas redacciones del precepto, partiendo de un supuesto que evidentemente no era el normal en la sucesión contractual aragonesa, habían ido delimitando la figura en sus justos términos. En efecto, mientras en una primera rectificación sustancial se pasaba de la libre disposición del instituyente a la no disponibilidad sin el consentimiento del heredero, todavía, en los Anteproyectos de la Sección Especial de la Comisión General de Codificación, el mecanismo contemplado resultaba borroso o inadecuado, porque siendo corriente la institución de presente no se alcanzaba a ver cómo puede hablarse en fórmula general de que el instituyente necesita el consentimiento del instituido, habida cuenta que, al resultar éste propietario de los bienes, mal podría aquél disponer de ellos a no ser que expresamente se hubiese pactado semejante circunstancia. De manera evidente, los preceptos habían contemplado el supuesto no mayoritario en las comarcas altoaragonesas de nombramiento de heredero para después de los días de los heredantes, en el que, como es sabido, la titularidad del dominio continúa en el disponente, pero, en todo caso, con una peculiar inversión de lo que acontecía en la práctica, ya que, en lugar de requerirse pacto para que el instituyente necesitase de la cooperación del heredero (como suele establecerse), esta situación se presentaba como normal y aplicable en principio, haciendo falta pacto expreso precisamente para excluirla. Se imponía, pues, la rectificación so pena de incurrir en un doble contrasentido: regular como supuesto ordinario el que tan sólo era excepcional e incidir, incluso, en éste en la paradoja de pre-

sentar como regular lo que únicamente con ocasión de un específico convenio orientado al efecto podía tener lugar.

La rectificación se hizo acudiendo al problemático recurso de la reserva por parte del instituyente del señorío mayor, con lo que, aun introduciendo un elemento susceptible de generar numerosas dudas e imprecisiones, se lograba repristinar la figura a su adecuada forma y justificar dogmáticamente el hecho de que el heredante conservase facultades dispositivas no obstante el nombramiento. En efecto, con la fórmula aceptada se conseguía erradicar la doble contradicción antes apuntada porque, por un lado, ya no hay duda de que la institución hereditaria que se contempla es la de presente, pues si fuera la *post mortem* no tendría sentido hablar de reserva del señorío mayor (al conservar el instituyente la propiedad no precisa de ningún otro derecho, ya que al poder lo más puede lo menos), y, por otro lado, al resultar que la legitimación dispositiva del heredante viene dada precisamente en virtud de un expreso y específico convenio por el que se reserva determinados derechos sobre los bienes.

A la vista de lo dicho se comprende la inexactitud de las palabras de PELAYO HORE en el sentido de que el artículo 102 admite la posibilidad de que el pacto sucesorio impida al instituyente disponer de sus propios bienes a no mediar el consentimiento del instituido (1), pues no es que el pacto impida al heredante disponer de sus propios bienes, sino que le faculta para enajenar bienes que ya no son suyos por haberlos transmitido al nombrado heredero, ya que, en otro caso, mal cabría hablar de reserva (sólo hay tal cuando disponiendo del dominio conserva el *tradens* una u otra facultad de las integrantes del mismo) y lo correcto hubiera sido estatuir que por virtud del pacto sucesorio concertado hará falta, para disponer de los bienes, las voluntades conjuntas de instituyente e instituido.

Todo ello, empero, advirtiendo que el artículo 102 de la Compilación, aun acertando en lo fundamental de modelar la figura de acuerdo a sus líneas maestras, da pie para generar equívocos y torcidas interpretaciones al utilizar expresiones tan poco precisas como la de «es exigible el consentimiento del instituido», cuando debería hablar de que el instituyente podrá disponer con el consentimiento de éste, aparte de la mención innecesaria de que el nombramiento de heredero se haya pactado en consideración a la conservación del patrimonio familiar o de la casa, pues éste es el carácter normal del contrato sucesorio aragonés, y del confusionismo e indeterminación que introduce al referirse a otras facultades análogas al señorío mayor.

(1) PELAYO HORE, «Los pactos sucesorios en la Compilación de Aragón», en *Anuario de Derecho Civil*, 1967, pág. 855.

2. LA RESERVA DEL SEÑORIO MAYOR

Lo primero que debe advertirse es que pactar en la institución contractual de heredero *post mortem* que el instituyente se reserva el señorío mayor, el usufructo, la administración o cualquier otra facultad similar carece de sentido e implica, incluso, una contradicción, ya que si el mismo retiene el dominio pleno de los bienes conservará también todas y cada una de las facultades integrantes de la titularidad dominical. A pesar de ello, no es extraño que en las escrituras de institución de heredero, por inercia, repetición y a mayor abundamiento se inserten fórmulas como ésta: «Que tal institución, aunque irrevocable, ha de entenderse para después y no antes del fallecimiento de los instituyentes, quienes se reservan, para ambos y para el que de ellos sobreviva, el señorío mayor, la administración y el usufructo de los bienes de su herencia, si bien no podrán vender, permutar, adjudicar, gravar e hipotecar los bienes raíces que la integran sin el consentimiento del heredero, así como tampoco podrá hacerlo éste sin anuencia de los instituyentes, debiendo invertirse el indicado usufructo en beneficio y para la manutención de unos y otros y demás individuos de la familia mientras permanezcan reunidos». Rectamente entendida la cláusula y expurgada de las menciones innecesarias y vacuas, la misma viene a suponer tan sólo el pacto por el que el instituyente, señor de los bienes, se obliga a contar con la voluntad del heredero para disponer de ellos, pacto corrientísimo en toda institución para después de los días del heredante.

Sólo, pues, en la institución hereditaria de presente tiene sentido y justificación hablar de reserva del señorío mayor o de cualquier otra facultad integrante del dominio que, sin la reserva, se perdería al tener lugar su tránsito *in actu* al nombrado heredero.

Aunque en las escrituras y ahora en la ley se hable del señorío mayor, engendrador, por lógica, como dice SOLANO NAVARRO, de otro señorío o señor que habrá de apedillarse menor y que resulta atribuido al instituido, trátase de una terminología que no tiene reflejo en el lenguaje del pueblo, en el que lo corriente es llamar al principal de la casa amo viejo y al heredero amo joven, o simplemente el amo y el joven, respectivamente (2).

En cualquier caso, empero, no es empresa fácil aclarar el recto significado y alcance de una figura que con razón se la ha caracterizado de «enigmática», sobre todo habida cuenta de que su utilización no suele hacerse con la ponderación y precisión pertinentes.

(2) SOLANO NAVARRO, «Mi contribución respecto a la sucesión contractual en el Alto Aragón», en *Anuario de Derecho aragonés*, 1944, pág. 338.

En los Proyectos de Apéndice de 1904 y 1923 se la hizo equivalente a usufructo y administración, posición evidentemente errada porque si tal fuere su contenido lo corriente, legal y contractualmente, sería referirse en exclusiva a estos términos, aparte de que la utilización de los tres conjuntamente supondría una inadmisible tautología y, sin embargo, lo cierto es que en las fórmulas consignadas en las escrituras se dice con reiteración que los instituyentes se reservan «el señorío mayor, la administración y el usufructo».

En este sentido, tiene razón PALÁ MEDIANO cuando señala que unida la reserva del señorío mayor en los usos convencionales a la reserva del usufructo y administración ha de tener un valor jurídico distinto y, en consecuencia, deben rechazarse las opiniones que niegan a la frase señorío mayor todo contenido jurídico y la hacen equivalente a la reserva de los derechos de usufructo y administración (3).

Para este ilustre foralista, *senior*, anciano, el más anciano, es calificativo que se aplica a la persona de más autoridad, más caracterizada, y así, entre las personas que se hallan en relación con una cosa, se llama *senior* a la que ejerce el derecho más elevado o central, a aquella que reúne en sí la suma de poderío y facultades, que puede haberse desprendido de alguna de ellas, pero que conserva en sus manos esa fuerza centrípeta que atrae y recobra las facultades temporalmente sustraídas a su poder. Consecuente con esta posición, sostiene que el señor es el propietario, el dueño, el que ejerce su poderío sobre cosa propia; y frente a la pregunta que pudiera hacerse de que si el instituyente se reserva el dominio, ¿qué necesidad habrá de hacer expresa reserva de usufructo y de la administración?, replica que como los instituyentes son dos, marido y mujer, y la reserva se hace para ambos y para el que de ellos sobreviva, la mención tiene por objeto asegurar al viudo el usufructo sobre los bienes del premuerto, y lo mismo cabe afirmar respecto a la reserva de administración, aunque aquí no resulta tan extraño que quien se reserva el dominio se reserve expresamente aquella facultad, pues en el Código civil se encuentran ambas reservas al tratar de los bienes parafernales. «Ocupa el heredero en la casa una posición digna—escribe en tal sentido—, participando en la dirección del patrimonio, y conviene hacer constar que su poder de administrar está subordinado a la voluntad superior del señor mayor que a tal fin se reserva la facultad y no se desprende de ella aunque la delegue con mayor o menor extensión» (4).

En esa misma dirección, el profesor MARTÍN-BALLESTERO considera que estamos frente a una cotitularidad de disposición, puesto que el se-

(3) PALA MEDIANO, «Los señores mayores en la familia altoaragonesa», en *Segunda Semana de Derecho aragonés*, Jaca, 1943, págs. 155-157.

(4) *Ibid.*, págs. 159-161.

ñorío mayor no es ni un mero usufructuario ni administrador de unos bienes, ni el derecho que tiene sobre los mismos es un derecho en cosa ajena, ya que conserva su titularidad dominical y sigue, aunque limitada, en su capacidad de disposición (5).

Lo curioso es que, aun con un enfoque inadecuado de la figura, PALÁ MEDIANO tiene razón cuando defiende que el instituyente conserva la propiedad de los bienes, y la tiene porque él se está refiriendo en exclusiva al nombramiento de heredero *post mortem*, supuesto el más difundido históricamente en el partido judicial de Jaca, aunque minoritario e incluso desconocido en las demás comarcas altoaragonesas. Lo que sucede es que para llegar a esa conclusión no hace falta recurrir al mecanismo de la reserva del señorío mayor, pues, por tratarse de una institución contractual de heredero en la que la titularidad dominical sólo la adquirirá el instituido a la muerte de los heredantes, es obvio que éstos conservan, por definición, la propiedad de los bienes, sin que se precise pacto o reserva alguna al respecto; es más, en tal situación hasta resulta impropio, reiterante e innecesario, según dijimos, hablar de reserva del señorío mayor, por más que las escrituras repitan irreflexiva y cansinamente la fórmula.

Ha sido BATALLA quien mejor ha captado la incongruencia ínsita en el planteamiento criticado y lo ha hecho con las siguientes palabras: «A través del prisma de una institución para después de los días del instituyente, nada nos extraña que se haya llegado a la consecuencia de estimar que tal señorío entraña la titularidad del dominio y que, por consiguiente, si no hay pacto que lo contradiga, el instituyente conserva íntegra la facultad de disponer a título oneroso, y tampoco nos sorprende que considerando dicha institución como la más frecuente, se crea que el señorío mayor es siempre tal titularidad de dominio, pero, como hemos repetido, es muchísimo más frecuente la institución que hemos llamado de presente..., la titularidad del dominio con la facultad de disponer a título oneroso, la conserva el instituyente para después de sus días, precisamente porque ella es condición esencial de tal institución, siendo necesario para que esta facultad de disposición del instituyente quede compartida con el heredero, pacto expreso en este sentido, que en la práctica se da siempre como única garantía de que no quede reducida a la nada la herencia, cuando la institución tenga efectividad por la defunción del instituyente. Es, por tanto, titular del dominio el instituyente cuando dispone para después de sus días, por el hecho de hacerlo para tal momento, pero no porque, innecesariamente, se reserve el señorío, sin que quepa decir que para algo se habrá consignado esta reserva, porque también se

(5) MARTÍN-BALLESTERO, *La casa en el Derecho aragonés*, Zaragoza, 1944, página 85.

decía en las antiguas capitulaciones que aportaban al matrimonio su persona los contrayentes—conocemos una en que el marido aportaba la carrera—, y no creemos que esto responda a nada práctico. Hemos visto además que actualmente se prescinde en el partido de Jaca de tal señorío en las capitulaciones autorizadas por Notario competentísimo y netamente aragonés—montañés mejor—, y a nadie se le ha ocurrido atribuir a esos nombramientos efectos distintos a los otorgados con anterioridad» (6).

La reserva del señorío mayor en el nombramiento del heredero *post mortem* nada añade, en consecuencia, al poder que retiene el instituyente; tratase, en suma, a lo máximo, en el ámbito patrimonial se entiende, de la ratificación y exteriorización de que el dominio de los bienes objeto de la institución permanece en manos del heredante.

Pero la reserva del señorío tiene lugar también en las instituciones del presente, en las que, obviamente, por verificarse el traspaso inmediato del dominio de los bienes, mal puede suponer la retención del mismo por el instituyente, ya que no cabe defender, sin incurrir en contradicción, que pueden coexistir la transmisión y la conservación de la propiedad, ni se produce en la materia en estudio un supuesto de condominio o una manifestación de propiedad en mano común.

La misma imposibilidad tiene lugar en el caso, resaltado por BATALLA, del nombramiento de heredero por parte del cónyuge sobreviviente respecto a los bienes del premuerto, supuesto en el que la reserva del señorío mayor nunca podrá implicar que el instituyente conserve el dominio de los mismos, porque sobre los bienes del premuerto no cabe semejante titularidad dominical a favor del supérstite.

Se impone, pues, en tales hipótesis la consideración de cuál será la sustancia y contenido jurídicos del señorío mayor que el instituyente se reserva, debiendo prescindir en semejante indagación de cualquier vinculación a la idea de propiedad, ya que la misma, por definición, se excluye.

SAPENA hace notar que el heredamiento altoaragonés no produce sólo una transmisión presente o futura de bienes y simples relaciones entre las partes como consecuencia de la reunión de distintas titularidades sobre un mismo patrimonio, sino que crea algo más: una comunidad familiar a la que todos tienen obligación de aportar sus ingresos y su trabajo, su amor y su afán por la casa y sus componentes. Como toda sociedad bien organizada, precisa una jefatura: señorío mayor se la llama aquí. Quien la ostente, como órgano rector de la misma, administrará los bienes de sus miembros y dispondrá sobre la inversión de sus productos, sin que para ello precise detentar titularidad real sobre los mismos. Al señor

(6) BATALLA, «Disponibilidad de los bienes en Aragón cuando existen reservas a favor de los instituyentes o usufructos de viudedad», en *Anuario de Derecho aragonés*, 1944, págs. 356-357.

mayor corresponde dirigir la explotación de las fincas, distribuir el trabajo, disponer sobre las atenciones de la casa y de sus miembros. Si esto en el fondo es tanto como un derecho de goce de los bienes, a la familia y no a su jefe corresponde, como a la sociedad conyugal y no al marido pertenece el de los bienes de los esposos. Aquél como éste es el órgano rector solamente. Luego tal cargo, aunque le acompañe el dominio o el usufructo, es independiente de toda relación individual con los bienes, de toda titularidad de los mismos.

Tal es, en el sentir de SAPENA, la esencia y contenido del señorío mayor al menos en el plano histórico-conceptual, pues en la vida real lo corriente es que, desde el momento de la boda, suelen dejar los viejos en manos del heredero las riendas de la casa, sin que éste olvide por ello la categoría y posición de sus padres, consultándoles antes de tomar cualquier decisión y obrando conforme al parecer conjunto de todos. Esta práctica tiene el inconveniente de que supervalora la posición del heredero y de su cónyuge, quienes van olvidando cuál es la que legalmente les corresponde, surgiendo así las disensiones cuando ya el remedio es difícil. Por ello, cuanto más firme se mantenga en sus derechos el señor mayor, mejor marchará la casa: no usurparán los jóvenes las atribuciones que no les competen y no habrá por qué recuperarlas con riñas y disgustos si nunca por los padres fueron abandonadas (7).

Se observará que en la orientación transcrita la conformación jurídica del señorío mayor se traslada del campo de las titularidades reales al ámbito familiar. En el señor mayor así conceptualizado no interesa tanto el dominio o derechos de goce que puedan corresponderle sobre los bienes de la casa, derechos que pueden faltar sin que sufra quebranto por ello la institución, sino su posición al frente del grupo familiar: a la manera de un *paterfamilias* romano, el señor mayor ostenta la jefatura familiar; a él le corresponde la suprema y máxima autoridad en todo lo concerniente a la actividad, desenvolvimiento y objetivos de la casa tanto en la esfera patrimonial como en la personal.

Esta es también la concepción aceptada por el profesor LACRUZ, para quien la reserva del señorío mayor expresa más una situación familiar que patrimonial: si hay mera institución contractual de heredero sin transmisión inmediata de bienes, tal aspecto familiar es, incluso, único, y si se han transferido ya los bienes con reserva de usufructo y señorío mayor, éste, en particular, atribuye los frutos al grupo familiar, y no al usufructuario, a la vez que impide la disposición individual (8).

(7) SAPENA, «El pacto sucesorio en el Alto Aragón», en *Revista de Derecho Privado*, 1954, págs. 742-743.

(8) LACRUZ BERDEJO, *Derecho de sucesiones*, I, Barcelona, 1971, pág. 747.

Y en la misma línea se orienta GARCÍA-ARANGO, ya que, en su opinión, si bien es difícil atribuir al señorío mayor un alcance definido y concreto, sobre todo si se le considera aisladamente, en realidad cabe afirmar que lo que viene a significar es la autoridad familiar del instituyente, su condición de jefe de la casa, la suprema jerarquía de la sociedad familiar que se constituye con la reunión de dos familias (la del instituyente y la del heredero), pero refiriéndose más a este orden puramente familiar que al patrimonial o económico (9).

Con revestir la construcción que se comenta una evidente superioridad sobre la que identifica el señorío mayor con el mantenimiento en el instituyente de la titularidad dominical, porque evita los inconvenientes jurídicos que ésta plantea y se adorna con la garantía de la constatación sociológica de la vida real en la familia rural altoaragonesa, no se crea, empero, que la misma resuelve todos los problemas de raíz y procura una modelación de la figura nítida, rigurosa y armónica, sobre todo si se tiene a la vista la normativa contenida en la Compilación del Derecho civil de Aragón, como más adelante se tendrá ocasión de considerar.

En efecto, es cierto que en la institución contractual de heredero para después de los días del heredante el señorío mayor difícilmente puede suponer otra cosa que un poder familiar, la ratificación de que la jefatura de la familia continúa encarnada en la persona del instituyente, sin que tenga sentido relacionarlo con el dominio y disposición de los bienes, ya que la titularidad dominical no se ha visto afectada por la institución hereditaria: aunque ya hay nombrado en forma irrevocable un heredero de la casa, se recuerda, enfatiza y acepta que el instituyente continuará ostentando la máxima autoridad familiar, continuará siendo el rector supremo y cabeza visible del poder de la casa. Visto desde este ángulo estrictamente familiar, recobraría sentido y hallaría justificación el hecho de que en las escrituras de nombramiento de heredero *post mortem* se incluya la cláusula de reserva del señorío mayor a favor del heredante, circunstancia que en el ámbito patrimonial carece de razón, según se ha señalado reiteradamente.

Pero la situación no se presenta igual en la institución contractual de heredero de presente. En ella hay tránsito inmediato del dominio de los bienes a favor del instituido y se manifiesta con toda desnudez la conveniencia y aun necesidad de que el instituyente, en previsión de torcidos comportamientos y en aseguramiento de su vejez, conserve alguna vinculación con aquéllos, retenga alguna facultad que le permita intervenir en las vicisitudes jurídico-patrimoniales de la casa.

(9) GARCÍA-ARANGO, «Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho del Alto Aragón», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1967, pág. 1333.

Obsérvese que en este supuesto no es que se excluya o niegue el matiz familiar del señorío mayor, ya que el instituyente también aquí continúa ostentando la condición de jefe de la casa, pero esta connotación escuetamente personal no es suficiente, pues al haberse producido la pérdida del dominio hace falta su complementación y refuerzo con específicas y reales facultades jurídicas de entraña patrimonial.

Si se pretendiese atender a esta necesidad recordando que el instituyente, en el nombramiento de presente, se reserva siempre el usufructo (y, normalmente, la administración) de los bienes, habría que responder que, aparte de que señorío mayor, usufructo y administración son categorías dotadas cada una de significado y contenido jurídico propio, la preocupación fundamental no incide sobre el aprovechamiento o gobierno del patrimonio familiar, sino sobre la disponibilidad y tráfico jurídico de los bienes de la casa. Y es, precisamente, centrando el problema en la conservación de los bienes en el seno de la familia, cuando cobra sentido y se aprecia la justificación patrimonial de la reserva del señorío mayor.

3. LA FORMULACION DOGMATICA DEL SEÑORIO MAYOR A LA VISTA DEL ARTICULO 102 DE LA COMPILACION

Lo anteriormente expuesto se resalta con toda nitidez al contemplar el artículo 102 de la Compilación, pues a la vista de este precepto, aunque pueda sostenerse que en el plano humano y en su consideración sociológica el señorío mayor atañe al ámbito familiar y supone expresión de autoridad familiar en el seno de la casa, lo que no cabe afirmar es que en su consideración jurídica pueda negarse la sustancia patrimonial del mismo, ni es posible desconocer que la reserva del señorío mayor supone para el instituyente alguna facultad o poder que le permite intervenir de manera jurídicamente relevante en las incidencias atinentes a los bienes de la casa y, de manera especial, en su tráfico jurídico.

Mientras en relación al Apéndice cabía restringir el juego de la figura al orden puramente familiar por la ausencia de normas conformadoras de la misma, promulgada la Compilación y de cara a su artículo 102 ya no es posible semejante inhibición dogmática ni se puede aceptar, desde el punto de vista jurídico-conceptual, la afirmación de LACRUZ en el sentido de que la reserva de señorío mayor expresa más una situación familiar que una patrimonial.

El mencionado artículo 102 dispone que cuando el instituyente se haya reservado el señorío mayor u otras facultades análogas necesitará,

para disponer de los bienes inmuebles y de los a éstos asimilados por la ley, el consentimiento del instituido. Ahora bien, como el nombramiento de heredero puede adoptar alguna de las dos modalidades conocidas, se comprende que el dispositivo legal haya que considerarlo en relación a cada una de ellas y extraer las consecuencias jurídicas cónsonas con su respectiva estructura.

En el nombramiento de heredero *post mortem* ya sabemos que la reserva del señorío mayor a favor del instituyente nada significa en cuanto al dominio de los bienes, pues el mismo, por requerimientos institucionales, permanece en manos de aquél. Si el heredante, en esta modalidad de nombramiento, conserva la propiedad mientras viva, a él le corresponderá también en exclusiva el ejercicio del *ius disponendi* en cuanto facultad integrante del dominio, sin que quepa tampoco considerar que la inserción del pacto de reserva del señorío mayor puede tener alguna incidencia en la atribución del poder dispositivo, porque la misma es simple emanación y consecuencia de la permanencia de la titularidad dominical.

Ahora bien, ya se ha visto cómo en esta modalidad de institución contractual de heredero es normal y constante el que se pacte que para la disposición de los bienes hará falta el consentimiento del instituido, previsión normal, pues, en otro caso, no obstante el carácter irrevocable del nombramiento hereditario y las limitaciones que semejante designación impone a la facultad dispositiva del instituyente, siempre entraría en juego un elemento aleatorio, un factor de sorpresa y riesgo que pugnaría y resultaría de difícil acomodo con los fundamentos mismos de la sucesión contractual.

Pues bien, pensamos que ante la reiteración del hecho y la justificación teórica de dicho pacto, el legislador ha dado un paso hacia adelante, típico en casos similares, y ha transformado en elemento natural del contrato de institución de heredero lo que hasta ahora había sido simple elemento accidental o modalidad del mismo, fenómeno que a nadie debe extrañar, ya que es bien sabido que los denominados elementos naturales o normales de los negocios jurídicos han resultado tales cuando la ley, constatando la repetición e inclusión normal y mecánica de los mismos, ha pasado a considerarlos queridos por las partes mientras expresamente éstas no los hayan excluido.

Según esto, tendríamos que en la institución de heredero para después de los días del heredante, el señalamiento de que el instituyente se reserva el señorío mayor significa que para poder disponer de los bienes sitios y de los comprendidos en el número 1.º del artículo 39 de la Compilación (explotaciones agrícolas, ganaderas, mercantiles e industriales, con cuantos elementos estén afectos a unas y otras) necesita de la participación y consentimiento del instituido, sin que haga falta, para obtener

este resultado, la inclusión de un pacto específico orientado a establecerlo de manera expresa.

Esta es la única interpretación lógica que es posible dar, en el plano patrimonial, a la cláusula de reserva del señorío mayor cuando se trate de heredamiento *post mortem*, ya que, en otro caso, llegaríamos a la paradoja de que reteniendo el instituyente en el mismo la propiedad de los bienes necesita de la voluntad del instituido, precisamente cuando se ha reservado el señorío y no en el caso contrario, conclusión que pugna con la elemental e inmodificable idea de que reservar es aumentar, conservar o retener y no disminuir o limitar. Claro está que para mayor nitidez y precisión el texto legal no debería hablar de que se haya reservado el señorío mayor, sino de que se haya pactado dicho señorío.

En el nombramiento de heredero de presente el dominio de los bienes (normalmente el nudo, ya que el instituyente suele reservarse el usufructo) se transmite de inmediato al instituido y, por ende, corresponderá a éste su disposición. Aquí también, aunque en sentido inverso, es normal el que se pacte que la enajenación y gravamen de los bienes de la casa por parte del heredero requerirá de la aprobación y consentimiento del heredante.

Y, asimismo, la inclusión en el contrato sucesorio de la reserva del señorío mayor a favor del instituyente supone su forzosa colaboración con el heredero para poder proceder a la disposición de los bienes objeto de la institución. Pero si se quiere mantener la necesaria armonía con el otro supuesto y tratar de la misma manera lo que en sustancia es igual, forzosamente hay que proceder a una recomposición de la letra de la norma.

Porque, efectivamente, si conservando la propiedad el instituyente, la inserción del pacto de señorío mayor supone para él la necesidad de contar con la voluntad del instituido en los actos dispositivos, estos términos legales ya no nos sirven en su estricta literalidad cuando, por haber tenido lugar el traspaso dominical, es el heredero el que resulta adornado del *ius disponendi* y, en tal sentido, no cabe aceptar como exacto jurídicamente que para disponer sea «exigible el consentimiento del instituido».

El sentido y entendido deben ser en realidad el contrario del que se desprende de la fórmula gramatical utilizada por la norma: Tratándose de institución hereditaria de presente, si el instituyente se reserva (y aquí ya no hay inconveniente en denominar reserva el oportuno pacto) el señorío mayor, cuando el instituido vaya a disponer de los bienes a que hace referencia el artículo 102 precisará del consentimiento de aquél.

Ello es lo cónsono, ya que el *ius disponendi* estricto en cuanto formando parte del contenido del derecho sólo puede corresponder al titular del mismo, y, por tanto, si la propiedad de los bienes ha pasado al here-

dero mal podrá el instituyente disponer de ella. Como ha dicho PUGLIATTI, el acto de disposición tiene como base para su legitimación el ejercicio de un poder del mismo titular, precisamente de su derecho subjetivo o, si se quiere, de la facultad de disposición, que no es un poder jurídico porque, como parte del contenido del derecho subjetivo, está privado de toda autonomía (10). En consecuencia, no cabe un poder de disposición no perteneciente al titular del derecho (11).

Claro que explicado y aceptado que tras el nombramiento de presente el *ius disponendi* corresponde al heredero en cuanto nuevo titular del dominio, todavía cabría hacer un postrer esfuerzo, si se quiere mantener a ultranza la letra del texto legal, consistente en entender que la reserva del señorío mayor supone constituir a favor del disponente, que ha perdido la propiedad y la facultad de disponer, una legitimación dispositiva extraordinaria que le facultaría para disponer eficazmente de los derechos ahora pertenecientes al heredero, a la manera de lo que ocurre en la denominada donación con reserva de disponer (12).

Si bien, como esta posibilidad para disponer del derecho ajeno, caso de ser irrestricta y enteramente libre, chocaría contra el espíritu y finalidad de la institución contractual de heredero y aun supondría contradicción con la sustancia misma del nombramiento de presente, se comprende que la ley haya exigido para la eficacia plena del acto dispositivo el consentimiento del instituido.

En apoyo de esta interpretación, que reconduce el artículo 102 de la Compilación al sentido que le corresponde de acuerdo a la naturaleza y modalidades del nombramiento de heredero en Aragón, cabe recurrir también aquí a la pauta que señala el artículo 107 de la Compilación al disponer que «cuando un pacto sucesorio se refiera a determinada institución consuetudinaria (en este caso la reserva del señorío mayor) deberá aquél interpretarse e integrarse con arreglo al uso u observancia de tal institución».

Finalmente, el hecho de que, como es natural, el artículo 102 contemple y se refiera a los actos dispositivos libres y voluntarios por parte del instituyente, explica que en el párrafo segundo del mismo se establezca que no hace falta el consentimiento del instituido «para disponer por donación, asignando a sus descendientes dotes o legítimas al haber y poder de la casa», ni tampoco «para hacer tales disposiciones en testamen-

(10) PUGLIATTI, «Considerazioni sul potere di disposizione», en *Rivista del Diritto commerciale*, 1940, I, pág. 540.

(11) LADARIA CALDENTY, *Legitimación y apariencia jurídica*, Barcelona, 1952, páginas 23-24.

(12) Cfr. nuestra obra *La donación con reserva de disponer*, Caracas, 1971, páginas 175 y ss.

to», ya que en estos casos se trata de actos dispositivos que el instituyente está obligado a realizar en cuanto sus destinatarios se hallan dotados de auténticos derechos para impetrar semejantes adquisiciones.

4. LAS «OTRAS FACULTADES ANALOGAS» DEL ARTICULO 102

Ya se ha señalado cómo en las escrituras de nombramiento de heredero la reserva del señorío mayor suele ir adicionada con la atribución también a los instituyentes del usufructo y administración de los bienes de la herencia.

Siendo la institución *post mortem*, la reserva de usufructo carece de sentido, pues quien tiene lo más tiene lo menos, y si los heredantes conservan el pleno dominio de sus bienes retendrán también su usufructo aunque nada se diga. Y lo mismo vale para la administración.

Si la institución es de presente, entonces la reserva del usufructo es práctica normal y constante y se halla en plena consonancia con la justificación última de la figura, que no exige para su cabal actuación que el heredero perciba más de la nuda propiedad de los bienes hereditarios. Con acierto apunta SAPENA que la reserva implica continuación en usufructo del goce que se tenía como dueño y no nacimiento de nuevo derecho y que a cada instituyente corresponderá el de sus propios bienes, con sujeción al régimen de la sociedad conyugal como hasta ese momento lo estaban, y a partir de él al de la sociedad familiar que por el heredamiento nace; fallecido uno de los instituyentes, el sobreviviente adquirirá el usufructo de los bienes del premuerto, uniéndolo al que ya ostenta en los que fueron suyos (13). Debe advertirse, empero, que en cuanto el usufructo se contempla en función del grupo familiar, el goce de los bienes corresponde a la comunidad familiar y los instituyentes tienen forzosamente que utilizar los frutos en razón de las necesidades de la misma, hasta el punto de que pierden el derecho de usufructo si abandonan la casa, tal como suele prevenirse minuciosamente en las cláusulas contractuales correspondientes.

Junto al usufructo es normal que el heredante se reserve la administración de los bienes. La razón de semejante cautela estriba en que si bien como usufructuario le corresponde el natural derecho de gestión, la administración que precisa realizar el instituyente respecto al patrimonio hereditario no es, por obvios motivos, la ordinaria y propia de un administrador común, ya que, como advierte el mismo SAPENA, la administración reservada por los instituyentes es más amplia, como lo es también

(13) SAPENA, *El pacto sucesorio...*, loc. cit., pág. 741.

su derecho de usufructo: explotación y administración de los bienes sin otra limitación que la de atender con ello a las necesidades actuales de la familia y procurar la seguridad para el futuro (14).

Pues bien, a la vista de esto, ¿cabría sostener que las «otras facultades análogas» que menciona el artículo 102 de la Compilación son precisamente las de usufructo y administración tradicionales que se haya reservado el disponente?

De ninguna manera, pues por muy amplios que sean, y en realidad lo son, los derechos de usufructo y administración del instituyente nunca lo serán tanto como para entrañar la legitimación dispositiva que cualquier facultad análoga al señorío mayor, y por implicarla éste, debe suponer, ya que, en otro caso, privaríamos de contenido y sentido al propio señorío mayor, según antes se apuntaba, aparte de que bajo las denominaciones de usufructo y administración se estarían configurando relaciones jurídicas que no tendrían *stricto sensu* tal carácter.

No queda, por tanto, otro camino para dotar de contenido a la poca precisa expresión legal que recurrir, una vez más, al dato consuetudinario. Serán los concretos pactos que se establezcan y las facultades que de los mismos dimanen a favor de los instituyentes los que permitirán decidir si dichas facultades, en función de su naturaleza y extensión, pueden o no catalogarse como análogos al señorío mayor, tal como éste ha sido caracterizado en las líneas que anteceden, teniendo en cuenta siempre, en cuanto pauta de principio, que corresponderá en todo caso a la norma consuetudinaria determinar el alcance de tales pactos (art. 99, 2).

De todas maneras, quizá lo más prudente y cónsono hubiera sido prescindir de una expresión como la que se comenta, que, antes de aclarar y complementar, diluye y enturbia la figura.

ANGEL CRISTÓBAL MONTES

Catedrático de las Universidades Central
de Venezuela y Católica Andrés Bello
(Caracas)

(14) *Ibíd.*