

REAL ACADEMIA GALLEGA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

**LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD
Y EL DERECHO DE SUCESIONES
DE GALICIA**

Discurso leído el día 18 de junio de 2010 en la Solemne Sesión de Ingreso
del Académico de Número

ILMO. SR.

DON FRANCISCO MANUEL ORDÓÑEZ ARMÁN

y contestación del

EXCMO. SR.

DON JOSÉ MARÍA BOTANA LÓPEZ

Académico de Número



A Coruña, 2011

I

DISCURSO

del

ILMO. SR.

DON FRANCISCO MANUEL ORDÓÑEZ ARMÁN

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	9
2. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DEL TEMA DEL DISCURSO DE INGRESO.....	10
3. LA AUTONOMÍA PRIVADA Y EL DERECHO SUCESORIO.....	12
4. LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO SUCESORIO GALLEGO.....	19
5. LA AUTONOMÍA PRIVADA Y EL DERECHO SUCESORIO GALLEGO: LA LEY 2/2006, DE 14 DE JUNIO, DE DERECHO CIVIL DE GALICIA.....	25
5.1. CONSIDERACIÓN GENERAL.....	25
5.2. EL TESTAMENTO.....	26
5.3. LAS INSTITUCIONES FIDUCIARIAS.....	29
5.4. LOS PACTOS SUCESORIOS.....	32
5.5. LAS LEGÍTIMAS.....	37
6. CONCLUSIONES.....	42
CONTESTACIÓN.....	47

1. INTRODUCCIÓN

Excelentísimo Señor Presidente

Excelentísimos e Ilustrísimos Señores

Señoras y Señores

Quiero comenzar expresando a los miembros de esta Corporación mi sincera gratitud por haberme otorgado el honor de ser recibido en la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación. Pero también quiero mostrar a los señores académicos mi agradecimiento por una circunstancia que me incumbe de modo particular, es evocadora de recuerdos entrañables y constituye una llamada personal a la responsabilidad que asumo en este acto. Me refiero al hecho de haber sido designado académico para cubrir la vacante dejada en su día por Ildefonso Sánchez Mera, de quien recibí sus enseñanzas en la Facultad de Derecho y en la preparación de mis oposiciones.

Los que hemos sido alumnos y compañeros de Ildefonso tuvimos la oportunidad de conocer sus valores, su ciencia y su generosidad. A todo ello se hizo referencia cuando fue designado Decano Honorario del Colegio Notarial de Galicia. En aquella circunstancia se quiso hacer constar que el nombramiento respondía “a la profundidad de sus conocimientos, a la brillantez de su criterio y a la sensibilidad de su carácter”. Creo que estas palabras reflejan y resumen el modo en que

Ildefonso, nacido en Badajoz, vivió, sintió y trabajó de modo incesante por Galicia.

Son muchas las referencias y recuerdos que podríamos añadir y que este Preámbulo no permite. Sin embargo, por razón del tema elegido como discurso de ingreso, debo recordar a Ildefonso por su decisiva participación en las sesiones dedicadas al estudio de la primera Ley gallega de Derecho Civil¹. Su sereno criterio constructivo en los debates, su agudeza en el enfoque de las cuestiones jurídicas, y su capacidad de síntesis, facilitaron la culminación de unos estudios que constituyeron la base para una mejor comprensión, aplicación y desarrollo de nuestro Derecho sucesorio.

También quiero testimoniar mi agradecimiento al académico Excmo. Sr. Don José María Botana López. Sus cualidades jurídicas y humanas hacen que represente un honor el que haya asumido la respuesta a mi intervención y hubiera impulsado personalmente este acto, que ya paso a desarrollar.

2. Justificación de la elección del tema del Discurso de Ingreso

“La autonomía de la voluntad y el Derecho de Sucesiones de Galicia”. Este ha sido el tema elegido para el presente discurso de ingreso en la Academia.

La elección se justifica por la proximidad en el tiempo de la Ley de Derecho Civil de Galicia y por la relevancia que adquiere la tarea

1 En el Colegio Notarial de La Coruña se celebraron diferentes jornadas de trabajo dedicadas al estudio de la Ley 4/1995, de 24 de mayo. Los trabajos serían publicados más tarde por el Colegio Notarial de La Coruña –Colegios Notariales de España- en el año 1996, bajo el título “*Derecho de Sucesiones de Galicia*”.

notarial en la conformación de las declaraciones de última voluntad. A este respecto creo que no se debe orillar una realidad referente a las disposiciones *mortis causa*. Me refiero al hecho constatado de que, con frecuencia, las manifestaciones de última voluntad se presentan en las notarías deformadas e incompletas. Sin embargo, la labor notarial no puede limitarse a recoger decisiones mal conformadas o carentes de cualquier previsión de futuro. Debo recordar que el Notario interviene como autor y no como mero testigo cualificado en el documento. Esta autoría e inmediatez notarial es lo que determina que el documento público tenga valor y eficacia distintas de la que gozan los documentos meramente probatorios².

En relación con lo que se acaba de exponer, escribió GOMEZ ORBANEJA, muy gráficamente, lo siguiente: ante el Notario una persona “*no hace prueba de su testamento*” sino que “*hace su testamento*”³. En efecto, el Notario tendrá que depurar las manifestaciones que se le formulan con el fin de conocer la “voluntad verdadera”. Habrá de adaptar el caso particular en el entorno familiar y económico que le es propio. Pero, sobre todo, deberá acomodar cada supuesto específico en

2 Citando a Lavandera, escribe Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS lo siguiente: quedan lejos los documentos notariales reducidos a un valor probatorio debido a que, desde las Leyes de Toro hasta el Código civil, la escritura pública se había reducido a una documentación cuyo valor provenía de los testigos y en la que el Notario era un testigo cualificado (cfr. *La persistencia histórica de la oralidad de la escritura pública*, Madrid, 1996, pág. 200). En relación con las cuestiones expuestas en el texto, vid. también de RODRÍGUEZ ADRADOS: “Naturaleza jurídica del documento auténtico notarial” (*RDN.*, 1963); “El Notario y el documento notarial”, (*Simposio Notarial 83*, Madrid, 1983) y *Escritos Jurídicos*, II, Madrid, 1996. Y sobre el tema, asimismo, véase: NÚÑEZ LAGOS, Rafael, “Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial” (*Anales de la Academia Matritense del Notariado*, T. I, 1945, págs. 379 y ss.).

3 “La prueba preconstituida” (*AAMN.*, T. II, 1950, pág. 90).

el Derecho. Mas en aquellas situaciones no contempladas por la Ley, necesitará practicar el mejor “procedimiento de adaptación” que permita aproximar la voluntad querida a los nuevos modelos que resulten admisibles⁴.

Toda esta labor de adaptación entre realidad y Derecho se ve obstaculizada cuando normas imperativas obligan a encorsetar la voluntad en modelos fijos y excluyentes. Sin embargo, la citada labor de acomodación se facilita si el ordenamiento hace primar el principio de autonomía privada, y restringe la operatividad de las normas que pudieran subordinarlo.

Son las razones expuestas las que justifican la oportunidad del tema que pretendo desarrollar. En concreto: a partir de aquí mi intervención se orienta a examinar la autonomía privada y analizar, con referencia a Galicia, su proyección y límites en materia sucesoria.

3. La autonomía privada y el Derecho sucesorio

El Derecho reconoce a las personas un espacio de libertad que les permite decidir sobre sus intereses jurídicos. Para designar esta facultad se recurre a las expresiones “autonomía privada” o “autonomía de la voluntad” que, no sin ciertas discrepancias, se utilizan comúnmente como sinónimas⁵.

4 En el sentido expuesto en el texto, Víctor LAVANDERA se refiere al “procedimiento de adaptación, que da elasticidad a los preceptos, que relaciona la realidad formando el Derecho, descubre principios, combina elementos jurídicos y los transforma en conceptos nuevos para revestir de figura legal las relaciones de la vida” (“Magistratura Notarial”, *RDP*, 1971, p. 205). Sobre el tema, vid. de CASTÁN TOBEÑAS, José: *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Madrid, 1946 y “Hacia la constitución científica del Derecho notarial” (*RDN.*, 1953, págs. 25 y ss.).

5 Aun cuando se ha generalizado en la doctrina el empleo como sinónimos de las

Siguiendo a FLUME y DE CASTRO, podemos definir la autonomía privada como el poder de los particulares para autoconfigurar las relaciones jurídicas conforme a su voluntad, creándolas, modificándolas o extinguiéndolas⁶.

Así delimitado, el principio de autonomía de la voluntad se erige en fundamento esencial del Derecho privado en general, y del Derecho civil en particular. Incluso existe consenso doctrinal a los efectos de considerarlo *como un bien jurídico constitucionalmente protegido*, en

expresiones “autonomía privada” y “autonomía de la voluntad”, no se desconocen las opiniones doctrinales que diferencian entre una y otra. En relación con lo expuesto y por remitirse a una obra clásica al respecto, véase: FERRI, *La Autonomía privada* –se ha manejado la edición más reciente, publicada por Comares, Granada, en el año 2001-. En lo que respecta a la doctrina española, para un desarrollo exhaustivo y riguroso de la autonomía privada me remito a LUNA SERRANO, *Elementos de Derecho Civil* del profesor Lacruz, T. I, vol. tercero, Barcelona, 1990, págs. 142 y ss.

- 6 En concreto, para FLUME la autonomía privada se identifica con el “principio de autoconfiguración de las relaciones jurídicas por los particulares conforme a su voluntad” (*El Negocio Jurídico*, Madrid, 1998, pág. 23). Y en el Derecho español es clásica la definición que hace el profesor DE CASTRO de la autonomía privada como “el poder atribuido a la voluntad respecto a la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídicas”, así como en orden “al uso, goce y disposición de poderes, facultades y derechos subjetivos” (*El Negocio Jurídico*, Madrid, 1991 –reimpresión-, pág. 13). También en relación con la autonomía privada, en sentencia de 5 de noviembre de 1957, el Tribunal Supremo declaró lo siguiente: “Cuando se habla de autonomía de la voluntad no quiere decirse que los individuos se puedan dar leyes a sí mismos para regular con ellas su obrar, lo que sería indiferente para el Derecho mientras no entrasen en la esfera de lo ilícito, fuera de lo cual uno puede vivir y obrar como tenga por conveniente, sino que quiere expresarse que el individuo tiene el derecho de realizar los negocios jurídicos que crea conveniente, y que contenidos en los límites de la Ley, son reconocidos por ésta y reciben de ella fuerza obligatoria”. A pesar de su carácter gráfico, la declaración jurisprudencial transcrita asume una visión reduccionista de la autonomía privada. Ello por cuanto que, según se verá en la exposición de las conclusiones (apartado 6), la autonomía privada no debe ser limitada al mero poder atribuido a los particulares en orden a la realización de negocios jurídicos.

cuanto integrado en el “libre desarrollo de la personalidad” del artículo 10 de la Constitución⁷.

Con relación al Derecho sucesorio, la autonomía privada se refleja en el poder de los particulares a los efectos de ordenar su propia sucesión. Este poder se recoge en los artículos 658 y 667 del Código civil y resulta refrendado por el aforismo conforme al cual “la voluntad del testador *es ley* de la sucesión”.

Pero el citado poder tiene incluso una concreción constitucional específica. El artículo 33 de la Constitución, ubicado en el ámbito de “los derechos y deberes de los ciudadanos”, dispone lo siguiente: “*Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia*”. Esta norma conlleva un reconocimiento constitucional de la autonomía privada para ordenar la sucesión. Y también significa que los bienes susceptibles de propiedad privada son transmisibles *mortis causa*. O, utilizando pala-

7 En efecto, en el ámbito de “los derechos y deberes fundamentales” –Título I-, el artículo 10.1 de la Constitución establece lo siguiente: “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”. Pues bien, en la referencia constitucional al libre desarrollo de la personalidad, puesta en relación con la dignidad de la persona y con la libertad *ex art. 1.1 CE* como valor superior del ordenamiento jurídico, la doctrina considera incluida la autonomía privada. Al respecto, por todos: DE PABLO CONTRERAS, en VV.AA, *Curso de Derecho civil* (I), 3ª edición, Madrid, 2008, pág. 236. Según matiza el citado autor, la consideración de la autonomía privada como un bien jurídicamente protegido y, en consecuencia, garantizada a los particulares por la Constitución frente a la acción de los poderes públicos, no comporta la obligación por parte de éstos de respetar a aquéllos un ámbito de poder y libertad concretos, ni limita tampoco los cauces normativos a través de los cuales puede conformarse legítimamente ese ámbito de poder” (DE PABLO CONTRERAS, *op. et loc. cit.*).

bras de José Luís LACRUZ, el legislador optó por configurar la herencia como una continuación de la propiedad⁸.

Por lo tanto: la autonomía de la voluntad como fundamento del Derecho privado, como bien jurídico constitucionalmente protegido y como principio con proyección en el Derecho sucesorio refrendado por el artículo 33 de la Constitución.

Pero, como cualquier otro principio, el de la autonomía privada no es absoluto e ilimitado. Según escribe Agustín LUNA, el Derecho le impone restricciones para evitar que la arbitrariedad conlleve contradicciones con el ordenamiento jurídico⁹.

Por esta razón, el poder de autodeterminación se enmarca en normas imperativas que no pueden ser excluidas por los particulares. En lo que

8 Según escribe LACRUZ, a través del art. 33 de la Constitución el legislador constituyente se alineó entre los que contemplaban la herencia como una continuación de la propiedad: “Son heredables, por tanto, todos los bienes susceptibles de dominio, y singularmente los instrumentos de producción, en un ordenamiento que reconoce asimismo como derecho del ciudadano <la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado> (art. 38 CE). De modo que –concluye el citado autor– cualquier traba legislativa que suprimiera la sucesión en los bienes de producción, aun con el pretexto de que cumplan mejor su función social, sería inconstitucional, como atentatoria a la libertad de empresa y al derecho de propiedad privada” (LACRUZ, *Derecho de Sucesiones*, V, Barcelona, quinta edición, 1993, pág. 13).

9 Para LUNA SERRANO el poder de la voluntad para crear y modelar las relaciones jurídicas no tiene una virtualidad incondicionada: “el Derecho... le impone en todo caso restricciones, en congruencia con su primordial función de organización de la vida social, al objeto de que la potencial arbitrariedad de los particulares no pueda suponer, de ser ejercida sin límites, una contradicción o, al menos, una merma desnaturalizadora de la propia finalidad del ordenamiento” (*op.cit.*, pág. 155). Y es que, como ha escrito FERRI, la autonomía privada encuentra la fuente de su validez en las normas legales y de éstas recibe las fronteras formales y sustantivas de su actuar, de manera que “el problema de la autonomía de la voluntad es ante todo un problema de límites, y de límites que son siempre el reflejo de normas jurídicas, a falta de las cuales el mismo problema no podría siquiera plantearse” (*op.cit.*, págs. 5 y 10).

respecta a la materia que nos ocupa, la facultad de crear y modelar relaciones jurídicas está limitada por un conjunto de disposiciones legales que integran lo que, siguiendo a la doctrina francesa, cabría calificar como “orden público sucesorio”¹⁰. Por tanto, mediante la expresión “orden público sucesorio” quiero significar aquellas normas específicas que acotan la voluntad a los efectos de disponer de los bienes para después de la muerte.

Sin embargo, la pluralidad legislativa del Estado español determina que el orden público sucesorio no tenga carácter homogéneo. Me refiero al contraste que ofrece la articulación de sus limitaciones en el Código civil si se la compara con los Derechos forales. Las divergencias afectan: a los modos de ordenar la sucesión; a la configuración del testamento; al juego de las instituciones fiduciarias; y a los límites de contenido material representados por las legítimas. Este es el marco institucional básico al que hay que atender a los efectos de determinar las relaciones entre el Derecho de sucesiones, el principio de la autonomía de la voluntad y el orden público sucesorio¹¹.

i) En lo que respecta al primero de los aspectos aludidos, conforme al artículo 658 del Código civil la sucesión sólo se defiere por la voluntad manifestada en testamento y por disposición de la ley. Por lo tanto, o sucesión testamentaria o sucesión legal, sin que se reconozca la delación por pactos sucesorios¹².

10 Por todos, GRIMALDI, *Droit Civil. Successions*, 5ª edición, París, 1998, págs. 257 y ss.

11 Sobre el cotejo entre el régimen del Código civil y los Derechos forales, vid. PÉREZ ÁLVAREZ, Miguel Ángel, “El Derecho sucesorio gallego” (*Derechos Civiles de España*, vol. IV, Pamplona, 2000, págs. 2025 y ss.).

12 En relación con lo expuesto en el texto, sobre el alcance de la prohibición *ex* arts. 635 y 1.271 Cc., a título meramente indicativo me remito a las consideracio-

ii) En lo que atañe a la segunda cuestión, el artículo 669 del Código civil prohíbe testar a dos o más personas en un mismo instrumento. En consecuencia, el Derecho común dota al testamento de carácter unipersonal y excluye el testamento mancomunado¹³.

iii) En lo que concierne al tercer aspecto, el artículo 670 impide que pueda dejarse la formación del testamento al arbitrio de un tercero, o hacerse por medio de comisario o mandatario. Por lo tanto, al asignar al testamento carácter personalísimo, el Código civil incide en las instituciones fiduciarias y prohíbe el testamento por comisario.

iv) Y en lo que respecta a la cuarta cuestión, basta recordar la considerable amplitud con que fue asumida la legítima por los artículos 806 y siguientes del Código civil, tanto en lo que respecta a la determinación de los herederos forzosos, como a la cuantía que el mencionado cuerpo legal les asigna. Sin obviar la asunción por el Código civil del sistema *pars bonorum* y la consiguiente atribución al legitimario de la titularidad de los bienes hereditarios hasta la partición definitiva de la herencia.

Sin embargo, los ordenamientos forales han seguido un camino notablemente diferente. En concreto: admiten el pacto sucesorio¹⁴; dan vía

nes generales que se expusieron en: ORDÓÑEZ ARMÁN, Francisco M., PEÓN RAMA, Víctor J. y VIDAL PEREIRO, Víctor M., en *Derecho de Sucesiones y Régimen Económico Familiar de Galicia*, Vol. I, Madrid, 2007, págs. 339 y 340.

13 La Ley de 24 de diciembre de 1981, “Del estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes”, en su artículo 22 reconocía a los cónyuges la facultad de otorgar testamento abierto mancomunado, a fin de ordenar la sucesión en la explotación familiar agraria. La citada disposición legal fue derogada por la Ley 19/1995, de 4 de julio, “De modernización de las explotaciones agrarias”.

14 Sobre la sucesión paccionada, los pactos o contratos sucesorios, vid: respecto de Aragón, arts. 377 y ss. del 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 (CDFA);

libre al testamento mancomunado¹⁵; y aceptan, en mayor o menor medida, el testamento por comisario¹⁶. Pero, además, amplían la facultad de disposición al restringir la cuantía de las cuotas legitimarias a las que, en ciertos ámbitos, se las dota de un carácter meramente formal¹⁷. E incluso las divergencias afectan a la misma protección de la legítima por cuanto, en algunos casos, sólo da lugar a un simple derecho de crédito a favor del legitimario¹⁸.

respecto de Navarra, leyes 172 y ss. del Fuero Nuevo de Navarra; respecto del País Vasco, arts. 74 y ss. y 179 y ss. de la Ley de Derecho civil del País Vasco; respecto de Cataluña, arts. 431-1 y ss. de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones; y respecto de las Baleares, arts. 72 y ss. –sobre el pacto sucesorio conocido como “definición”, arts. 50 y ss.- del Texto Refundido de la Compilación del Derecho civil de las Islas Baleares.

- 15 Sobre el testamento mancomunado o de hermandad, vid: respecto de Aragón, arts. 417 y ss. CDFA; respecto de Navarra, leyes 199 y ss. del Fuero Nuevo de Navarra; y respecto del País Vasco, arts. 49 y ss. y 172 y ss. de la Ley de Derecho civil del País Vasco.
- 16 Sobre el poder testatorio y el testamento por comisario, vid: arts. 32 y ss. y 164 y ss. de la Ley de Derecho civil del País Vasco. Sobre la fiducia sucesoria en el Derecho aragonés, vid. arts. 439 y ss. CDFA. En relación con Navarra, vid: sobre los fiduciarios-comisarios, leyes 281 y ss.; y respecto de los herederos de confianza, leyes 289 y ss. del Fuero Nuevo. Sobre las disposiciones fiduciarias en el Derecho catalán, vid. arts. 424-1 y ss. de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones. Y sobre el heredero distribuidor en el Derecho balear, vid. arts. 18 y ss., así como arts. 71 y ss., del Texto Refundido del Derecho civil de las Islas Baleares.
- 17 Por lo que a la legítima se refiere, vid: respecto de Aragón, arts. 486 y ss. CDFA; respecto de Cataluña, arts. 451-1 y ss. de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones; respecto del País Vasco, arts. 53 y ss. –en orden a la apartación, arts. 14 y ss.- de la Ley de Derecho civil del País Vasco; y respecto de Baleares, arts. 42 y ss. y 79 y ss. –en orden a la figura de la “definición”, arts. 50 y ss.- del Texto Refundido del Derecho civil de las Islas Baleares.
- 18 Cfr. art. 451-1 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código civil de Cataluña, relativo a las sucesiones.

Cabe apreciar cómo, en el ámbito del Derecho foral, la materia sucesoria resulta anclada en el principio de la autonomía de la voluntad, determinando la supresión de prohibiciones, dejando paso a diversos tipos negociales y eliminando trabas a la facultad de disposición. Todo ello es lo que permite afirmar que el contenido del orden público sucesorio se restringe en los Derechos forales, ocasionando una mayor amplitud de la autonomía privada en relación con las disposiciones de última voluntad.

4. La evolución del Derecho sucesorio gallego

Correspondería ahora calificar la opción asumida por el legislador gallego a la vista de los dos modelos descritos. Sin embargo quisiera aludir con carácter previo a la evolución que ha seguido el Derecho de sucesiones en Galicia. Lo que pretendo es precisar si el contenido de la autonomía privada y del orden público sucesorio tiene carácter *ex novo*, o si ya había sido asumido en la legislación que precedió a la Ley actualmente en vigor¹⁹.

19 Para un examen de la evolución histórica del Derecho gallego, entre otros, véase: PEREZ PORTO, José, *El Derecho foral de Galicia. Memoria*, La Coruña, 1915; OTERO VARELA, Alfonso, “Sobre la Compilación del Derecho foral gallego” (*AHDE*, XXXV, 1965) y, del mismo autor, “Jurisprudencia bromeando en serio en Derecho” (*RFDUSC*, 1998); MENENDEZ VALDES GOLPE, Eduardo, “Presente e futuro do Dereito Foral Galego” (*Estudios do Dereito Civil de Galicia*, Santiago de Compostela, 1973); SANDE GARCÍA, Pablo: “O Dereito Civil de Galicia: unha actualización imposible a luz da historia”, (*La Modernización del Derecho Civil*, Santiago de Compostela, 1994); RODRÍGUEZ ENNES, Luís, *Historia do Dereito de Galicia*, Vigo, 2000; RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón P., “Sobre el proceso de formalización legislativa de las peculiaridades jurídico-civiles de Galicia. Un repaso histórico hasta la reciente Ley de Derecho Civil de Galicia de 2006” (*Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 10) y GUTIERREZ ALLER, Victorino, “Praxe Notarial do Dereito Galego” (*Galicia fai dous mil anos. O feito diferencial gallego. Dereito*, Tomo V-Vol.1, Santiago de Compostela, 2004, pág. 325).

Comenzando el análisis de la evolución legal por la Compilación de 1963, por todos se convino que el referido texto legal no supo dar respuesta a las singularidades que presentaba el Derecho gallego respecto del Derecho castellano y del Código civil. Y es que sólo encontramos como especialidades sucesorias la “mejora del tercio y quinto” y la de “labrar y poseer”. Debido a esta insuficiencia normativa, en Galicia se aplicó directamente y en su integridad el Código civil²⁰.

A la situación generada por la Compilación se respondió desde distintos ámbitos. Así, esta Academia y los Colegios de Abogados de Galicia promovieron y organizaron el I Congreso de Derecho Gallego, celebrado en el mes de octubre de 1972²¹. El Congreso propuso impulsar la ampliación de la delegación de mejorar, reconocer el testamento mancomunado, el usufructo universal de viudedad, las apartaciones y el abandamiento²². Y es que ya entonces resultaba claro que era preferible eliminar las restricciones a la autonomía de la voluntad, antes que seguir recurriendo a mecanismos que burlaban las prohibiciones del Código civil.

20 Según escribe Ángel REBOLLEDO VARELA: “...Galicia por carecer de hondas raíces históricas en la utilización de las normas civiles o de derecho privado como motivo de identidad, tradicionalmente se viene aplicando el Código Civil y constituía un territorio foral más formal que real...”, matizando el autor que aun cuando “Galicia no tuvo nunca autonomía política... ni órgano de producción legislativo propios, siempre fue constatable la existencia en su territorio de un derecho, peculiar autóctono...” (“Galicia fai dous mil anos” en *Galicia fai dous mil anos...cit.*, V-2, págs. 259 y 260).

21 Al respecto resulta de consulta obligada el libro *I Congreso de Dereito Galego*, editado por la Comisión Ejecutiva del Congreso y el Colegio de Abogados de La Coruña (La Coruña, 1974). El propio Congreso dedicó una sección, la cuarta –CASTRO BOLAÑO–, que respondía a la finalidad de determinar las instituciones que, no estando en la Compilación y respondiendo al sentir y a la tradición gallega, debían ser reconocidas en un futuro.

22 Véase: *I Congreso de Dereito Galego*, cit., págs. 523 y ss.

En definitiva, se constató que había necesidad de encauzar la autonomía privada en el Derecho de sucesiones y reconocer los usos documentados por el Notariado, a los que se había referido con notable acierto el profesor FUENMAYOR²³.

Así las cosas, poco tiempo después, los artículos 149 de la Constitución y 27 del Estatuto sentaron el marco para que se pudiera encauzar la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio²⁴.

23 “Derecho Civil de Galicia”, (*Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, I, Barcelona, 1950, págs. 239 y ss.). Sobre el Derecho sucesorio gallego y la Compilación de 1963, véase FUENMAYOR, Amadeo, “El Derecho sucesorio en la Compilación de Galicia” (*Foro Gallego*, números 135-136, 1967, págs. 263 y ss.). En la presentación del ya citado libro “Derecho de Sucesiones de Galicia” expuse lo siguiente: “En los últimos cien años se aplicó en Galicia el Derecho de sucesiones del Código Civil español. Previo olvido o rechazo de un Apéndice en 1915, la Compilación de 1963 constituía un texto “incompleto” y fragmentario, carente de entidad propia. El Notariado de Galicia, rodeado y animado por la rica y peculiar sensibilidad jurídica de los gallegos, se esforzó en armonizar las normas vigentes del Código Civil con los usos y prácticas más habituales, y como dijo el profesor FUENMAYOR, tomó del Código Civil “aquellos ropajes –dentro de la escasez de modelos disponibles- que resultaban menos inadecuados a su caso singular. La meritoria labor notarial consistió en adaptar unos trajes hechos, mediante leves retoques, aun a sabiendas de que nunca podrían valer como trajes a medida...”.

24 Sin que hubiera suscitado problema alguno, La Ley 7/1987, de 10 de noviembre, sobre la Compilación de Derecho civil de Galicia, marca la orientación a seguir en el futuro respecto del Derecho civil propio, destacando además las insuficiencias de la Compilación de 1963. En particular, en el Preámbulo de la Ley 7/1987, de 10 de noviembre se declara: “...el ejercicio de la potestad legislativa que corresponde a Galicia en materia de Derecho civil representa un rasgo destacado en razón de la realidad histórica de sus normas e instituciones, y, sobre todo, por la potencialidad que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 27.4 del Estatuto, ha de conllevar su desarrollo de cara a la formación de un cuerpo jurídico civil propio, autonómico y parlamentariamente establecido.- La historia de la previa existencia de la constitución del Derecho civil gallego hizo posible que la Comunidad Autónoma de Galicia haya podido asumir en su Estatuto, y con carácter exclusivo, la competencia sobre dicha materia respecto a su conservación, modificación y desarrollo, pero no determinó que este último haya de ceñirse a los supuestos institucionales recogidos en el texto, por cierto no completo, de la Compilación

En el ámbito legal expuesto, el desarrollo del Derecho sucesorio gallego se llevó a cabo por medio de la Ley de 24 de mayo de 1995²⁵. Quisiera resaltar que fue esta disposición la que dio entrada al testamento por comisario (arts. 141 y ss. LDCG/1995), a los pactos sucesorios (arts. 118 y ss. LDCG/1995), al testamento mancomunado (arts. 137 y ss. LDCG/1995), a la partición por la mayoría (art. 165 LDCG/1995) y a la apartación (arts. 134 y 135 LDCG/1995). Además, la citada norma eliminó la intangibilidad cualitativa de la legítima al permitir la adjudicación de los bienes hereditarios a quien no tuviera la condición de heredero forzoso (art. 149 LDCG/1995). Y fue la disposición legal de 1995 la que también reconoció la partija conjunta y unitaria con notables repercusiones en el sistema legitimario (arts. 157 y 158 LDCG/1995)²⁶.

aprobada por la Ley de 2 de diciembre de 1963.- La tarea que, por tanto, corresponde realizar a los poderes públicos gallegos, y, entre ellos, especialmente al Parlamento, en materia de Derecho civil gallego, implicará a la postre desarrollarlo en una línea abiertamente constitucional y nítidamente autonomista, que *con la imperiosa renovación de las disposiciones de la Compilación de 1963 habrá que entroncar las que precisen las instituciones no recogidas en las mismas*” –las cursivas son del autor-. Por otra parte, sobre la competencia de la Comunidad Autónoma de Galicia en materia de Derecho civil, véase BELLO JANEIRO, Domingo, *El desarrollo del Derecho civil gallego en el marco constitucional*, A Coruña, 2006.

- 25 Con alcance general sobre el tratamiento otorgado por la Ley de 24 de mayo de 1995 al Derecho sucesorio, por todos: GUTIÉRREZ ALLER, Victorino, *Réxime económico-familiar e sucesorio na Ley de Dereito Civil de Galicia*, Vigo, 1997; VV.AA., *Derecho de Sucesiones de Galicia –Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995-*, Madrid, 1996; y VV.AA., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, T. XXXII, vol. 2º, Madrid, 1997.
- 26 Buena parte del contenido otorgado al Derecho sucesorio por la Ley de 24 de mayo de 1995 procede del texto elaborado por la denominada “Comisión non permanente de Dereito civil galego”. Frente a los expertos propuestos para trabajar en la Comisión que aspiraban a reducir el cometido de la misma, escribía Pablo SANDE GARCÍA que “a comisión creouse cunha moi específica finalidade: aborda-la modificación da Compilación e, básicamente, incorporar ó seu texto fi-

En suma, lo que quiero poner de manifiesto es que la delimitación básica de la autonomía de la voluntad y el contenido esencial del orden público sucesorio de Galicia no procede de la ley vigente ni tiene por tanto carácter *ex novo*, sino que hunde sus raíces en la disposición legal que la precedió.

Sin embargo, no le faltaba razón a Sánchez Mera al manifestar que la Ley de Derecho Civil de Galicia de 1995 había nacido con un error de concepción o de enfoque. El “legislador –escribió Ildefonso-, en parte por el temor a excederse del límite competencial establecido por Constitución y Estatuto, en parte por su propia formación intra muros del Código civil, miró exclusivamente hacia atrás”²⁷.

Este modo de proceder fue lo que motivó que la Ley de 1995 contemplase el Derecho gallego como una suerte de excepciones al Código civil cuya normativa alteraba de modo sustancial. Y es que bien podría

guras e institucións dotadas dunha mínima vitalidade social e susceptibles de xear eficacia normativa na liña *abertamente constitucional e nidamente autonomista* consonte á cal o legislador de 1987 sentou o *sinxelo mais necesario alicerce para o acaído desenvolvemento do Dereito civil galego*. Unha concepción, pois, ben afastada da reimuda leria consuetudinarias á que os aludidos expertos pretendían seguir reduciendo o dereito civil galego, do que semellaban imaginarse exclusivos depositarios da súa esencia e verbo do cal o órgano legislativo non tería peza que tocar” –las cursivas son del autor citado- (SANDE GARCÍA, Pablo, “Prólogo” a la monografía *Réxime económico-familiar e sucesorio na Ley de Dereito Civil de Galicia*, cit. p.10). Por otra parte, conviene hacer notar que, en orden al contenido institucional, no había discrepancias entre los dos textos que constituyeron el precedente de la Ley de 24 de mayo de 1995: el elaborado por la “Comisión non permanente de Dereito civil galego” y el realizado por el Consello da Cultura Galega. El contenido de ambos textos puede consultarse en *Foro Gallego*, 1992, nº 184, págs. 13 y ss.

27 “Intervención” en el acto de presentación del libro “Derecho de Sucesiones de Galicia” –VV.AA., cit.- que fue publicada en el *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, vol. II, Madrid, 2002, págs. 2379 y ss.

decirse que, en el año 1995, lo que ante todo preocupó al legislador fue extender el ámbito de la autonomía privada, restringir el orden público sucesorio y ganar terreno en el ámbito competencial²⁸.

Con los antecedentes significativos de la “Propuesta de reforma” publicada en 2002²⁹ y del III Congreso de Derecho Gallego celebrado en el mismo año³⁰, el Boletín Oficial del Parlamento publicaba el 21 de

28 A modo de ejemplo, en materia de legítimas, se debe recordar que el artículo 149 de la Ley de Galicia 4/1995 no respetó la intangibilidad cualitativa colectiva al permitir que la legítima no se pagara con bienes de la herencia cuando el causante dispusiese expresamente la satisfacción en metálico y no lo hubiese en la herencia, mientras que el Código Civil (artículo 841) exige que, a modo de legítima colectiva, los bienes de la herencia se adjudiquen a los hijos o descendientes del testador.

29 La propuesta responde a un encargo hecho a la “Comisión Superior para o estudo do desenvolvemento do Dereito civil galego” por el entonces Conselleiro de Xustiza, Interior e Relacións Laborais de la Xunta de Galicia, D. Antonio Pillado Montero. El texto de la “Propuesta de reforma de la Ley de Derecho Civil de Galicia” y el “iter” seguido en su elaboración se publicó en el *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, vol. II, cit., págs. 2373 y ss.

30 Con la propuesta de reforma como precedente, los días 27, 28 y 29 de noviembre de 2002 se celebró en A Coruña el III Congreso de Derecho Gallego, convocado por la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación y los Ilustres Colegios de Abogados de Galicia. La sección encargada del Derecho sucesorio fue la sexta que los órganos del Congreso dedicaron a Ildefonso Sánchez Mera. La sección redactó su ponencia sin que hubiera ninguna diferencia significativa con la propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia. No obstante, la sesión plenaria del Congreso, si bien asumió la ponencia elaborada por la sección sexta, aprobó una enmienda referente a la legítima. En particular, el Congreso propuso que “la naturaleza, la determinación de los sujetos que deben tener la condición de legitimarios y la cuantía correspondiente no sufra modificaciones respecto del régimen jurídico vigente”. En relación con esta llamada de la enmienda al “régimen jurídico vigente” quisiera insistir en el hecho de que, con independencia de la legítima material, el sistema legitimario ya se había alterado en el año 1995. Y es que poco encaje podía tener en el Código civil la apartación, el usufructo universal de viudedad, las normas que para el Derecho gallego regulaban el pago de la legítima o los preceptos que, para los casos de partija conjunta, permitían que el haber correspondiente a cualquier partícipe en las dos herencias, aunque se tratase de legitimarios, fuera satisfecho con bienes de uno sólo de los causantes.

diciembre de 2005 una “proposición de ley de Derecho civil de Galicia”. Con ella se iniciaba la tramitación parlamentaria que dio lugar al texto legal vigente del que paso a ocuparme a continuación con el fin de determinar el modo en que se proyecta en su contenido el principio de autodeterminación.

5. La autonomía privada y el Derecho sucesorio gallego: La Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia.

5.1. Consideración general

La Ley de 14 de junio de 2006 dota a las instituciones y figuras que contempla de un régimen jurídico específico con pretensiones de plenitud. Pero además, entiendo que la Ley vigente termina por alejar al Derecho sucesorio gallego del Derecho común, lo asienta de modo definitivo en el principio de la autonomía privada y lo subsume en el orden público sucesorio propio de los Derechos forales. Para comprobarlo, analizaremos el modo en que el poder de autodeterminación puede trascender a la materia testamentaria, a las instituciones fiduciarias, a los pactos sucesorios, y a las legítimas³¹.

Las actas, conclusiones y demás aspectos del Congreso fueron publicados, con una magnífica edición, por *Foro Galego* (año 2003, números 191-192) bajo el título *Libro del III Congreso de Derecho Gallego*.

31 Por lo tanto, no constituye el objeto de mi exposición llevar a cabo un examen en profundidad de los diferentes aspectos integrados en el Derecho sucesorio. Sobre las cuestiones que serán abordadas, para un examen más exhaustivo de alcance general y sin desmerecer otras publicaciones de carácter particular, me remito a: VV. AA., *Derecho de Sucesiones y Régimen Económico Familiar de Galicia*, volúmenes I y II, Madrid, 2007 y VV. AA., *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia*, Pamplona, 2008, págs. 769 y ss.

5.2. El testamento

Ya con referencia al testamento, es sabido que constituye el cauce más utilizado a los efectos de ordenar la sucesión. El testador, en ejercicio de su autonomía, decide libre y voluntariamente sobre el destino de sus bienes, evitando la designación legal del heredero.

La experiencia profesional permite detectar varias causas del aumento progresivo de los testamentos notariales otorgados en Galicia. Se ha generalizado el acceso a la propiedad con la consiguiente necesidad de precisar el destino final de los bienes adquiridos. Concurren en la realidad social composiciones familiares a las que sólo por vía testamentaria se puede dar respuesta. Y cada vez con mayor frecuencia se produce la ruptura de relaciones personales que motiva el cambio de anteriores atribuciones testamentarias. Creo que es todo ello lo que está obligando a recurrir de modo incesante a las disposiciones *mortis causa* y a recuperar figuras que, como los fideicomisos de residuo, habrán de articularse a través del testamento³².

Así las cosas, la Ley vigente amplía el ámbito de la autonomía privada y permite encauzar las disposiciones de última voluntad a través del testamento mancomunado y del testamento por comisario. Este último, el testamento por comisario, incide en el carácter personalísimo

32 Recurriendo a la “ESTADISTICA ANCER” referida al Colegio Notarial de Galicia, se puede comprobar la influencia práctica de las Leyes 4/1995 y 2/2006. Conforme al citado estudio, en el *año 1996* se autorizaron: 37.677 testamentos abiertos; 489 testamentos mancomunados; 164 apartaciones; y ningún pacto de mejora. En el *año 2006*: 41.812 testamentos abiertos; 539 testamentos mancomunados; 4.234 contratos sucesorios con transmisión de bienes de presente; y 24 contratos sucesorios sin transmisión de bienes de presente. Y en el *año 2007*: 43.251 testamentos abiertos; 666 testamentos mancomunados; 3.757 contratos sucesorios con transmisión de bienes de presente; y 85 contratos sucesorios sin transmisión de bienes de presente.

del testamento y por ello me referiré al mismo al tratar las instituciones fiduciarias.

Por lo que respecta al testamento mancomunado, ya se expuso cómo el Derecho común asumió la prohibición del otorgamiento conjunto por medio del artículo 669 del Código civil. Alejándose de esta norma, el legislador gallego admite el testamento mancomunado y lo regula conforme a las modalidades de simple y correspectivo.

El mancomunado simple o testamento conjunto, es referible a dos o más personas aunque entre ellas no existan vínculos conyugales o de parentesco (cfr. art. 187 LDCG.). Cada testador se limita a otorgar su propio testamento, de manera que podría decirse que hay tantos actos testamentarios como otorgantes, aunque un único instrumento notarial. La revocación unilateral es libre y plenamente eficaz (cfr. art. 190 LDCG.). Sin embargo se prevé su notificación en aras a la buena fe y por lealtad a la confidencialidad que voluntariamente se ha compartido (cfr. art. 192 LDCG.). Por todo ello, aun cuando concurren una pluralidad de otorgantes, cabe afirmar que el mancomunado simple constituye un cauce testamentario de índole meramente formal o escénico.

No ocurre lo mismo con el testamento mancomunado correspectivo que, reservado exclusivamente a los cónyuges, permite condicionar de modo recíproco las disposiciones de última voluntad (cfr. art. 187 LDCG.). Aquí ya no estamos sólo ante una cuestión formal o escénica. Estamos ante una modalidad que trasciende a lo sustantivo por asumir un tinte contractual que cuestiona la nota de unilateralidad del testamento. En estos casos una disposición pervive si el otro cónyuge mantiene la suya, y la revocación habrá de notificarse, no sólo a efectos

informativos como expresión de lealtad, sino como requisito para la eficacia revocatoria (cfr. arts. 191 y 192 LDCG.).

En consecuencia, la Ley vigente dota al testamento de un régimen jurídico que lo aleja del Código civil, lo hace concordar con el de otros Derechos forales, y posibilita que el poder de autodeterminación excluya las notas de unipersonalidad y unilateralidad que han dejado de formar parte del orden público sucesorio gallego. Pero la regulación del testamento mancomunado no sacrifica ni limita la autonomía para testar libremente y tampoco prescinde de la facultad de revocación. Y es que la primacía de la autonomía de la voluntad es mantenida por la ley incluso respecto de las disposiciones correspondientes al permitir que se dejen sin contenido por actos dispositivos *inter vivos* (cfr. art. 193 LDCG.). Todo ello, sin perjuicio de la atribución al frustrado beneficiario de la facultad de reclamar con cargo a la herencia del disponente (cfr. art. 194 LDCG.).

Esta extensión del ámbito de la autonomía privada en materia testamentaria permite compartir previsiones *mortis causa* a quienes tienen en común empresas, intereses materiales o económicos, aunque no existan vínculos de parentesco entre ellos. También permite comprobar el efectivo cumplimiento de los compromisos asumidos en los protocolos familiares en cuanto a la elección de los destinatarios de participaciones empresariales. Y sobre todo, posibilita a los cónyuges configurar en común las disposiciones *mortis causa* con las compensaciones que resulten necesarias a favor de los legitimarios.

Examinado el testamento y siguiendo el orden propuesto, procede referirse ahora a las instituciones fiduciarias con el fin de analizar tam-

bién la incidencia del principio de la autonomía privada en el Derecho sucesorio gallego.

5.3. *Las instituciones fiduciarias*

La delegación de la facultad de testar o testamento por comisario, el albaceazgo, y la figura del contador-partidor son las manifestaciones más notables de fiducia sucesoria. En estos casos, la autonomía de la voluntad juega a los efectos de posibilitar la intervención de un tercero de confianza en la conformación de la voluntad testamentaria, en su concreción o en su ejecución. La Ley de Derecho civil de Galicia contempla el testamento por comisario (arts. 196 y ss.), permite orillar la vía judicial al atribuir al albacea un papel determinante en el ámbito de "las disposiciones especiales" (arts. 203 y 204) y posibilita la atribución al contador-partidor de facultades ajenas a la partición y, entre ellas, la de enajenar bienes en el período de ejecución hereditaria³³.

33 De los diferentes grados de confianza en los que un testador puede delegar la organización de su herencia, el legislador gallego no reguló el heredero de confianza a diferencia del Derecho catalán (art. 426-11^a), el Derecho navarro (Leyes 289 y 295) y el Derecho aragonés (artículo 124). El máximo de confianza que se contempla es la figura del comisario, limitada a los cónyuges y a favor de hijos y descendientes comunes, fue introducida por la Ley de 1995. Otra institución fiduciaria, aunque de menor confianza que la anterior, es la que representa la figura del "testamenteiro" que en textos castellanos se identifica como "testamentario" o, de forma más común, con el término "albacea". En otros textos gallegos aparecen los términos "cumpridor" y "cabeceiro". Sea como fuere, todos los vocablos enumerados responden a una misma institución. Debo reseñar el apoyo que se despliega a esta figura en los artículos 203 y 204 de la Ley de 2006 como instrumento para determinar qué persona cuidó al testador cuando se presenta una disposición a favor de quien le cuida, lo que no supone ni la delegación de la facultad de testar ni el encargo de ejecutar instrucciones reservadas, sino sólo dar el nombre de quien el testador individualizó en su mente y en su designación para cumplir determinados servicios. La confianza de encomendar la partición se contempla en los artículos 283 a 293. Al respecto, SEOANE SPIGELBERG, José Luís, *La partición de la herencia en el Derecho gallego*, A Coruña, 2009.

A la vista de las diversas manifestaciones de fiducia sucesoria, quisiera reconducir mi exposición a la figura en que la autonomía privada y la confianza alcanzan un mayor grado de intensidad. Me refiero al testamento por comisario.

El carácter personalísimo atribuido al testamento determinó que el Código civil contemplase con recelo cualquier intervención de terceros en la formación de la voluntad testamentaria. Por esta razón, el artículo 670 Cc. prohibió que el testamento se hiciese por medio de comisario.

Sin embargo, la Ley gallega reconoce a los cónyuges la facultad de apoderarse entre sí con el fin de que el sobreviviente designe a los herederos del premuerto entre los hijos y descendientes comunes (cfr. art. 197 LDCG.). En virtud de la autonomía de la voluntad, esta figura del testamento por comisario convierte al sobreviviente en viudo poderoso al tener la facultad de administrar la herencia y retrasar, dentro del ámbito de la delegación, la designación de los herederos (cfr. arts. 199 y 201). Todo ello permitirá al comisario valorar la asistencia a la familia y las cualidades del que resulte más idóneo para continuar con los bienes o empresas familiares. Pero además, debido a la reducción de la legítima estricta, la figura del testamento por comisario conlleva en Galicia un notable ámbito de actuación para el supérstite que termina por alejarla de la delegación que se contempla en el artículo 831 del Código civil.

Atendiendo al régimen jurídico de la Ley gallega, se hace preciso distinguir dos fases en el desarrollo del testamento por comisario. La primera está representada por el otorgamiento del poder testatorio, que necesariamente habrá de formalizarse en testamento o capitulaciones matrimoniales (art. 197 LDCG.). La segunda se inicia con la apertura

de la sucesión del comitente y se extiende hasta la formulación y ejecución de los llamamientos por el comisario o apoderado. En esta ejecución el cónyuge sobreviviente goza de discrecionalidad para llevarla a cabo en uno o varios actos, ya sean de naturaleza *inter vivos* o *mortis causa* (art. 200 LDCG.).

En orden al juego de la autonomía privada quisiera resaltar que, al regular la segunda fase de ejecución del testamento por comisario, el legislador optó por atribuir carácter dispositivo a la normas que la contemplan. Por esta razón el cónyuge viudo tendrá las facultades que el poderdante le hubiera delegado. Además, la ley reconoce al comisario la condición de administrador de la herencia (cfr. art. 201 LDCG.). Condición que podrá conciliar con su probable titularidad del usufructo universal sobre los bienes hereditarios. Pero debido al carácter dispositivo de las normas referentes a la ejecución, entiendo que la condición de administrador también podrá recaer en un tercero. Se trata de una opción que no se debe desdeñar ya que en el caso de patrimonios dinámicos puede servir para coordinar los cambios de poder en las empresas y enlazar con las nuevas generaciones que, entre tanto, están sometidas a prueba y formación.

En consecuencia, autonomía de la voluntad también en el ámbito de las instituciones fiduciarias a los efectos de posibilitar la intervención de un tercero de confianza en la concreción o ejecución de la voluntad testamentaria³⁴. Pero sobre todo a los efectos de permitir que un cón-

34 De especial interés resulta el artículo 292 de la Ley de 2006. Además de las facultades propias del cargo, el causante puede atribuir al contador-partidor (por testamento o escritura pública: art. 283) facultades que no contravengan la ley –representar la herencia, ejecutarla o disponer de ella-. En consecuencia, sólo resultan excluidas las facultades propiamente testamentarias (cfr. art. 197).

yuge pueda otorgar testamento por el otro. A través de este cauce se podrá aplazar el nombramiento de heredero con el fin de conseguir que la elección se verifique en las mejores condiciones. Pero por encima de todo se logrará evitar que resulte mermada en un futuro la autoridad del cónyuge viudo.

5.4. *El pacto sucesorio*

El pacto o contrato sucesorio es la tercera figura que permite cotejar el Derecho foral con el Derecho común y examinar el desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad.

El pacto sucesorio constituye un negocio jurídico otorgado entre dos o más personas en el que se dispone *mortis causa* de bienes o derechos de alguna de ellas. Es por tanto un contrato bilateral y dispositivo que permite ordenar la sucesión conjugando elementos del Derecho de obligaciones, de los Derechos reales y del Derecho hereditario. Pero además la figura se ve acompañada de la posibilidad de inscripción en los Registros de bienes, con independencia del contenido que las partes hubieran dado al pacto. Esto es así debido a que este tipo de contratos crean derechos actuales desde el otorgamiento. Aunque el carácter sucesorio de la figura determine que los derechos sean provisionales o interinos en el grado que se convenga y según medie o no entrega de bienes³⁵.

35 Sobre la trascendencia del pacto sucesorio como contrato que reviste carácter irrevocable y perfecto: DE LA RICA y ARENAL, Ramón, *Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, Madrid, 1948, págs. 44 y ss.; ROCA SASTRE, Ramón María, *Derecho Hipotecario*, Tomo II, Barcelona 1954, pág. 124; y ROCA SASTRE, Ramón María, ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, y MARTINEZ SANCHEZ, José Angel, *Derecho Hipotecario. Dinámica registral*, Tomo VI, Barcelona 1997, pp. 128 y ss. Es de gran importancia constatar que el pacto sucesorio con entrega de bienes causa inscripción inmediata en el Registro de la Propiedad (cfr. arts. 7, 8 y 77 del Reglamento Hipotecario). En cuanto a los pactos sucesorios sin

El Código civil también asumió en este caso un criterio adverso y asentó la prohibición de celebrar contratos sobre la herencia futura. Pero debo recordar que esta prohibición recogida en el art. 1.271 tiene significadas excepciones en el propio Código y se ha visto acompañada de una interpretación jurisprudencial notablemente generosa. En particular, el Tribunal Supremo considera admisibles los pactos sobre bienes concretos al interpretar que el Código civil no prohíbe los contratos sucesorios en general, sino sólo la figura del heredero contractual³⁶.

Las nuevas circunstancias socioeconómicas han hecho replantear la prohibición formal del Código civil y la conveniencia de revitalizar los contratos sucesorios. Así ha sucedido de manera singular en el ámbito de las Asociaciones de la Empresa Familiar.

entrega de presente su inscribibilidad quedó resuelta en el art. 80 del Reglamento Hipotecario en su redacción originaria, y en la actualidad en el art. 77. Sobre el tema, véase: *Derecho de Sucesiones y Régimen Económico Familiar de Galicia*, Vol. I, cit., págs. 397 y ss.

36 La STS. de 4 de mayo de 1910 -publicada el 20 de noviembre del mismo año- mantuvo que en tanto no se disponga de una universalidad de bienes no existe coartación de la libertad de ordenar la sucesión que cause la nulidad de la convención discutida y no puede atribuirse a esa convención el concepto jurídico de pacto sobre la herencia futura, toda vez que para llegar a esa calificación de tan grave trascendencia sería preciso que se tratara de una herencia no diferida. En un sentido similar, el Tribunal Supremo en sentencia de 8 de octubre de 1915 -publicada el 2 de febrero de 1916- declaró que el artículo 1.271 del Código Civil no es aplicable a un contrato en el que uno de los otorgantes se obliga a testar instituyendo heredera a una sobrina en los bienes que había adquirido por herencia de su esposa y quedaren a su muerte. Véase también la sentencia de mayo de 1940, que en su publicación se omite el día. Por otra parte, el artículo 16 de la Ley de 24 de diciembre de 1981, “Del estatuto de la explotación familiar agraria”, reconocía al titular de la explotación la facultad de convenir la sucesión de la titularidad con uno de los legitimarios que reuniera la cualidad de colaborador. La citada disposición legal fue derogada por Ley 19/1995 de 4 de Julio.

Haciéndose eco de las posibles ventajas de la figura, la Ley de 2006 da vía libre a los negocios jurídicos de Derecho sucesorio y regula los pactos por medio de cuatro secciones. En la primera se acomodan las disposiciones generales (arts. 209 a 213 LDCG.). En las otras tres se acogen los pactos típicos o nominados de mejora (arts. 214 a 223) y de apartación (arts. 224 a 227 LDCG.). Lo que aquí me interesa destacar es que la regulación legal se enmarca en dos límites genéricos que pasan a formar parte del orden público al tener carácter imperativo las normas que los contemplan. Uno de los límites es la exigencia de que los otorgantes tengan capacidad de obrar (art. 210 LDCG.). El otro afecta a la forma y es el mandato de que los pactos sean otorgados en escritura pública (art. 211 LDCG.).

Siempre y cuando se respeten los citados límites, la Ley vigente permite a los particulares configurar un estatuto jurídico de los pactos sucesorios en el que el atribuyente puede: reservarse facultades dominicales; retener el derecho de disponer con cargo a los bienes objeto de pacto; conservar el usufructo; o disponer una cláusula de reversión propia o impropia. Y todo ello a la vez que se adjudica de forma inmediata al sucesor derechos oponibles a terceros.

La premura de tiempo me impide tratar el modo en que el poder de autodeterminación puede incidir en la conformación de cada uno de los pactos que la Ley vigente contempla. Por ello debo centrar mi exposición en las dos cuestiones de índole general que la figura plantea para la autonomía privada. Una guarda relación con la utilidad práctica de los pactos sucesorios. La otra pretende responder a la pregunta de si el sistema recibido en la Ley vigente es de “*numerus clausus*” o de “*numerus apertus*”.

i) Por lo que respecta a la primera cuestión, quisiera aludir a una realidad que puedo constatar en mi experiencia profesional. Me refiero al hecho de que en el ejercicio de su autonomía privada los particulares discriminan cada vez con más frecuencia el patrimonio personal y el empresarial.

Tratándose del patrimonio personal lo que el particular pretende es transmitir los bienes que lo conforman, respondiendo las distintas asignaciones a sentimientos de cariño y comúnmente a criterios de igualdad. De ahí que el testamento constituya el cauce habitual de la autonomía privada a los efectos de transmitir los bienes integrados en el patrimonio personal.

Sin embargo, al estar dotado de carácter productivo y social, el patrimonio empresarial escapa a consideraciones de altruismo y gratuidad. En estos casos los particulares quieren ordenar su transmisión haciendo jugar criterios de competencia, eficacia y competitividad. Lo que se pretende es que la designación responda a las aptitudes de gestión y profesionalidad del elegido, siendo determinantes los compromisos y méritos del designado como sucesor. Estas razones justifican que el pacto sucesorio se esté asentando como cauce idóneo para la transmisión de los patrimonios empresariales. Y es que la naturaleza contractual del negocio permite configurar derechos y obligaciones, así como estipulaciones dotadas de carácter correspectivo y recíproco. De ahí la frecuente ligazón del patrimonio empresarial y el contrato sucesorio en cuanto cauce que armoniza las características del bien que se transmite con las cualidades del elegido.

ii) La otra cuestión a tratar ha sido objeto de polémica doctrinal y reviste una notable trascendencia práctica. Me refiero al posible juego

de la autonomía privada para promover pactos distintos de los que tipifica y enuncia el legislador. En otras palabras se trata de determinar si, al margen de los pactos que afectan a la legítima, podrían otorgar contratos sucesorios quienes no fuesen entre sí parientes en línea recta.

En mi opinión, debe entenderse que, respondiendo al principio de la autonomía privada, el sistema recibido por la Ley de Derecho civil de Galicia responde al criterio de *numerus apertus*. Y ello por las siguientes razones:

En primer lugar, porque el art. 181 LDCG. configura al pacto sucesorio como un cauce más de entre los que permiten articular la sucesión. En consecuencia, frente a la prohibición genérica del Código civil, se admite el pacto en general y se le equipara a la sucesión testamentaria y a la legal en cuanto medio para deferir la sucesión *mortis causa*.

En segundo lugar, porque siendo cierto que el art. 209 LDCG. sólo reconoce como pactos sucesorios los de mejora y de apartación, también lo es que el propio precepto salva todos aquellos pactos que fueran admisibles en Derecho.

Y en tercer lugar, porque en el ámbito de las disposiciones generales referentes al pacto sucesorio no se impone exigencia alguna relativa al parentesco entre los otorgantes, a los bienes que pudieran ser objeto del mismo o a las estipulaciones que lo integran (cfr. arts. 209 a 213 LDCG.).

Parece por tanto que, al no existir contradicción con el Derecho propio, la autonomía negocial podrá configurar pactos innominados siempre que se respeten las únicas normas imperativas recogidas en la Ley. Esto es: las relativas a la capacidad de obrar y a la exigencia de escritura pública.

En conclusión, la Ley de Derecho civil de Galicia se aleja del Código civil y da entrada a los pactos sucesorios como instrumentos adecuados para servir a las necesidades sociales actuales, a la libertad económica, a la economía de mercado y a la empresa como realidad social y económica compleja. En el citado contexto, el contrato sucesorio permite organizar la convivencia, predisponer favorablemente a los más próximos en las relaciones laborales y empresariales, así como garantizar y articular la integración de colaboradores y titulares de los bienes de producción. Pero además, entrelazando la autonomía de la voluntad y el Derecho sucesorio, permite pactar el futuro de las relaciones familiares en la casa, en las atenciones personales y en las prestaciones vitales, organizando la convivencia de los mayores con sus descendientes o con otras personas cercanas, asentándolas en el principio *do ut des*, doy para que des.

5.5. Las legítimas

Ya sólo queda aludir a las legítimas que constituyen el elemento de cierre que permite configurar de modo definitivo las relaciones entre la autonomía privada y el Derecho sucesorio. Y es que la mayor o menor amplitud de la facultad de conformar los testamentos, las instituciones fiduciarias o los pactos sucesorios, depende de la cuantía y forma con que el legislador proteja a quienes de modo forzoso habrán de resultar favorecidos en la sucesión.

Como punto de partida conviene recordar que el Código civil surgió con vocación de ser un código único y con la pretensión de hacer tabla rasa de los sistemas legitimarios forales. En detrimento de la libertad de testar, los redactores del Código civil optaron por un sistema legitimario amplio en el contenido y rígido en su protección.

El tiempo ha ido transcurriendo y las circunstancias han cambiado hasta el extremo de poner en cuestión las razones utilizadas en su día para fundamentar la amplitud de la legítima. En la actualidad los patrimonios familiares han pasado a ser comúnmente patrimonios de consumo. Los padres reconducen buena parte de los recursos a la formación personal y profesional de sus hijos. Y además, se hace sobreponer con mayor insistencia los valores personales a los meramente económicos. Son estas razones las que determinan que hoy en día los hijos ya no contribuyan a la conformación del patrimonio familiar. Que los descendientes sean sujetos de consumo a los que la familia aporta los medios necesarios para su formación. Y que, debido al incremento de las expectativas de vida y las herencias tardías, sean escasos los hijos para quienes la sucesión venga a suponer la única posibilidad de satisfacer sus necesidades ordinarias³⁷.

37 En los últimos veinte años son numerosas las aportaciones de los profesionales del Derecho dirigidas a revisar el sistema legitimario del Código civil, considerando que, no sólo el “quantum”, sino también el “quele”, tiene que ser considerado desde una perspectiva distinta a la que sirvió de base a la configuración del sistema legitimario en el siglo XIX. Sobre el tema, vid: VALLET DE GOITISOLLO, Juan, *Limitaciones de Derecho sucesorio a la facultad de disponer*. Tomos 1 y 2 -Las Legítimas-, Madrid, 1974; CALATAYUD SIERRA, Adolfo, “Consideraciones acerca de la libertad de testar” (*Academia Sevillana de Notariado*, IX, 1995); FERNANDEZ DEL MORAL, Lourdes, *Autonomía Privada y testamento en Derecho común: contribución al estudio de las disposiciones testamentarias atípicas*, Granada. 1996; DE LA ESPERANZA RODRIGUEZ, Pablo, “Perspectiva de la legítima. Notas para una revisión” (*Libro Homenaje a Ildelfonso Sánchez Mera*, T. II, cit., págs. 1097 y ss.); MAGARIÑOS BLANCO, Victorio “La libertad de testar” (*RDP*, 2005); TORRES GARCIA, T.F., “Legítima, legitimarios y libertad de testar” (*XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Murcia, 2006); TENA ARREGUI, Rodrigo, *Organización de la empresa familiar. Perspectiva estática y dinámica*, Madrid, 2005 y PARRA LUCAN, M^a Ángeles, “Legítimas, libertad de testar y transmisión de un patrimonio” (*Reflexiones sobre materias de Derecho sucesorio*, Madrid, 2009).

Estas y otras razones han motivado que distintas asociaciones de profesionales hayan hecho llamamientos orientados a la revisión del sistema legitimario asumido por el legislador a finales del siglo XIX. Así, en el año 2005, el Congreso del Notariado aprobó una conclusión dirigida a potenciar los mecanismos de autorregulación que permiten ordenar la sucesión³⁸. Un año después, la Asociación de Profesores de Derecho Civil se decantaba por la revisión del sistema legitimario del Código³⁹. Y por su parte, la Asociación de la Empresa Familiar ha urgido en diversas reuniones sobre la necesidad de que se supriman las prohibiciones que impiden la libre planificación de las empresas.

Tampoco el legislador estatal ha sido ajeno a la orientación a que estamos haciendo referencia. Cabe recordar cómo la Ley de Protec-

38 En concreto, el contenido de la 1ª Conclusión del 9º Congreso Notarial Español fue: “Acometer reformas legislativas que, partiendo del principio de libertad civil, faciliten mecanismos de autorregulación jurídica. A tal fin consideran muy útil revisar las rigideces derivadas del sistema de legítimas, y permitir y desarrollar fórmulas jurídicas encaminadas a ordenar la creación, organización y transmisión de las empresas familiares, tales como los testamentos mancomunados, los pactos sucesorios y las instituciones fiduciarias, siempre que éstas se ajusten a nuestro orden público económico.”. Más de 400 notarios participaron en el 9º Congreso Notarial Español que, junto con destacadas personalidades de todo el país, centraron los tres días de debate en la formación y transmisión de los patrimonios y en la escasa regulación existente en relación con las empresas familiares y las sociedades profesionales. Para el Notariado es necesario poner fin a este vacío legal, que afecta a la toma de decisiones económicas relacionadas con la estructura, la organización o la transmisión de bienes y, por tanto al desarrollo del país. Las conclusiones alcanzadas en este Congreso, que han sido enviadas a las autoridades competentes en la materia, proponen una serie de reformas legales en el ámbito del Derecho privado y tributario. Sobre el citado Congreso, puede consultarse la revista *Escritura Pública*, 2005 –monográfico nº 4, suplemento al número 34-.

39 Al respecto, véase: DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, “Una propuesta de política del derecho en materia de sucesiones por causa de muerte. Resultado y análisis de la encuesta final” (*XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, cit.).

ción Patrimonial de las Personas con Discapacidad y la llamada Ley de Nueva Empresa, ambas del 2003, modifican el Código civil con la característica común de suavizar para ciertos supuestos el rigor de las legítimas. Y en el mismo sentido no cabe ignorar las reformas llevadas a cabo en el Derecho comparado y de modo especial las aprobadas en Francia en el año 2006 y en Bélgica en el 2007. Más recientemente se ha promulgado en Alemania la Ley de 2 de julio de 2009 con la finalidad de ampliar las causas que eximen del pago de la legítima.

Ya con referencia a Galicia, fue la Ley de 1995 la que trajo consigo un crecimiento orgánico del sistema legitimario. Primero, porque dedicó una sección a las legítimas. Segundo, porque confirió al testador la libertad de adjudicar la herencia fuera del ámbito familiar al permitir el pago con metálico extrahereditario. Tercero, porque introdujo la partición conjunta y unitaria, de manera que hasta la muerte del último progenitor no podrían los hijos reclamar la legítima si los causantes así lo hubieran ordenado. Y cuarto, porque al dar entrada a la apartación, permitió a los presuntos legitimarios dar carta de pago a la legítima para sí y para su stirpe a cambio de la recepción de la titularidad de un bien o derecho.

De forma consciente o no, lo cierto es que a través de los cauces expuestos el legislador de 1995 configuró la legítima como derecho a un valor económico, puso en cuestión el principio de intangibilidad cualitativa, permitió dilatar su pago, excluyó el derecho de los hijos a que la legítima se materializase con bienes de cada progenitor, e introdujo la transacción sobre su valor.

Actuando sobre estos planteamientos de la disposición legal que la precedió, la Ley de 2006 procede a acrecentar la libertad dispositiva y

la facultad de fijar la posición del legitimario en la sucesión. Sin asumir su exclusión, el legislador reduce la cuantía de la legítima estricta de los hijos que pasa del tercio al cuarto, de manera que la libertad de disponer dentro y fuera de la familia se hace extensible a las tres cuartas partes del patrimonio (cfr. art. 243 LDCG.). Y además se limita la condición de legitimarios a los hijos y descendientes de hijos premuertos, así como al cónyuge viudo (cfr. art. 238 LDCG.).

Pero en mi opinión las modificaciones más relevantes son las que afectan a la proyección de la autonomía privada en la condición del legitimario. Y es que, por el mero hecho de serlo, el legitimario: ni tiene derecho a los bienes hereditarios, ni ostenta la representación del caudal relicto, ni tampoco tiene que intervenir en los actos de disposición sobre los elementos que lo integran. En el nuevo sistema el testador podrá atribuir a los legitimarios una cualidad que les permita formar parte de la comunidad hereditaria y cobrar protagonismo en la partición. Pero también podrá determinar que el legitimario tenga simplemente la condición de acreedor del eventual heredero (cfr., entre otros, arts. 240 y 249 LDCG.). Por lo tanto, será siempre la autonomía privada del testador la que concrete la función del legitimario en la futura sucesión⁴⁰.

En definitiva: sin excluir a la legítima del orden público sucesorio, el Derecho civil de Galicia reduce su cuantía, la configura como un crédito amparado por una acción meramente personal y convierte al heredero, legitimario o no, en el protagonista de la sucesión. Por todo ello

40 Ver resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de octubre de 2003, refiriéndose a que no es necesario el consentimiento de un legitimario en el supuesto contemplado en el artículo 1.324 del Código Civil atendiendo a que la legítima no recae sobre los bienes relictos cuando se configura como un derecho de crédito.

bien podría decirse que, al igual que en Roma, la legítima ha pasado a estar desprovista de carácter sustantivo, adquiriendo la consideración de mero límite cuantitativo de la libertad de disponer. Por esta vía el legislador gallego aproxima el régimen jurídico de las legítimas al de otros Derechos forales y otorga una mayor amplitud a la libertad de configurar el contenido dispositivo de los diferentes actos, negocios, figuras e instituciones que permiten a los particulares articular la sucesión. Y por esta vía el testador pasa a gozar de mayor autonomía a los efectos de orientar su patrimonio en atención a la conducta, necesidades y aptitudes de los eventuales herederos.

6. Conclusiones

Debo terminar y quisiera hacerlo entresacando algunas conclusiones de alcance general que afectan al modo en que, en mi opinión, se habrá de entender, interpretar e integrar el Derecho sucesorio de Galicia.

Al comienzo de mi intervención aludí a la existencia de dos modelos diferentes de articular la sucesión mortis causa: uno, asumido por el Código civil, se caracteriza por la amplitud del orden público sucesorio; el otro, seguido por los Derechos forales, responde nítidamente al principio de la autonomía de la voluntad. De entre los dos modelos descritos hemos podido comprobar cómo el legislador gallego: termina por alejar al Derecho sucesorio del Derecho común; lo asienta de modo definitivo en el principio de la autonomía privada; y lo subsume en el orden público sucesorio propio de los Derechos forales.

Una lectura global de la Ley gallega permite ratificar que el legislador ha permitido a la autonomía privada proyectarse en todos los ámbitos en que se la puede hacer actuar. A juicio de RESCIGNO, estos ámbitos son los que afectan a la libertad para: realizar negocios jurí-

dicos; concluir negocios ajenos a los previstos por el legislador; y conformar el contenido negocial⁴¹.

Pues bien, en la Ley de 2006 la *libertad para llevar a cabo negocios jurídicos* se refleja en la admisión del testamento conjunto (arts. 187 y ss.), la partición por la mayoría (art. 295), los contratos sucesorios típicos (arts. 209 y ss.), el usufructo voluntario de viudedad (arts. 228 y ss.) y en la inclusión de ciertas figuras fundamentadas en la confianza (entre otros, arts. 196 y ss., 203 y 204).

La libertad *para concluir negocios distintos a los tipificados por el ordenamiento jurídico* tiene su manifestación más propia en los contratos sucesorios atípicos o innominados derivados de la asunción implícita de un sistema de *numerus apertus*.

Y a su vez, la libertad *para conformar el contenido negocial* tiene su concreción en las estipulaciones agregables a los pactos sucesorios y al testamento mancomunado (entre otros, arts. 187 y 216); en la partija conjunta y unitaria (arts. 276 y ss.); en la posible exclusión del apartado de la legítima y de la sucesión intestada (art. 226); en la preferencia otorgada al acto particional del testador aunque lo adjudicado no se corresponda con la cuota testamentaria (art. 274); en la regulación atribuida al legado de cosa ganancial (arts. 205 y ss.); o en el eventual re-

41 En relación con lo expuesto en el texto, siguiendo a RESCIGNO (“L’autonomia dei privati”, en *Justitia*, 1970, págs. 3 y ss.), el profesor LUNA SERRANO también diferencia entre las tres dimensiones básicas de la autonomía privada que conforman su contenido práctico potencial: a) la *libertad de los particulares para llevar a cabo negocios jurídicos*, que constituye la expresión fundamental y básica de la autonomía privada y presupuesto de las otras libertades en que la autonomía se explicita; b) la *libertad de determinar el contenido negocial*; y c) la *libertad de concluir negocios distintos a los tipificados por el ordenamiento jurídico* –negocios atípicos o innominados- (cfr. *Elementos de Derecho Civil*, cit., págs. 151 a 155).

conocimiento al contador-partidor de la facultad de administrar, vender, así como ejercitar los derechos derivados de las participaciones sociales en los órganos de las sociedades (art. 284).

Todo ello afecta a la posible proyección de la voluntad de los particulares en el ámbito del Derecho sucesorio. Pero la relación entre el principio de la autonomía privada y el orden público ha determinado que se eliminen prohibiciones o se atenúen ciertas restricciones. Y es que, salvando la cuantía legitimaria reconocida por la Ley de 2006, el orden público sucesorio gallego ya solo guarda relación esencial con la capacidad de los otorgantes y con la forma. No obstante el límite de la forma constituye en realidad la primera y principal de las garantías que avalan una expresión de voluntad en libertad. Esto es así porque el fondo de la forma no es más que un conjunto de filtros para asegurar la capacidad y ausencia de vicios en el momento del otorgamiento, contribuyendo a que se alcance la claridad y exactitud en la expresión escrita que se conservará y perdurará en el tiempo al formar el protocolo notarial.

Con todo quisiera hacer notar que, en mi opinión, el juego de la autonomía de la voluntad a los efectos de modalizar cualquier figura del Derecho sucesorio gallego también deberá atender a la estructura y naturaleza previstas en cada caso por la Ley del 2006. De no ser así estaríamos ante categorías extrañas que, aunque próximas a las reguladas, podrían llegar a desvirtuar el modelo asumido y cuestionar la aplicación del régimen legal. Sería el caso de un usufructo voluntario de viudedad al que se hubiese incorporado la facultad de disponer, o el de una partición por coherederos regida por un sistema de mayorías diferentes a la establecida por el legislador.

Sin obviar las limitaciones señaladas, se debe afirmar que la autonomía privada constituye un principio que ha pasado a actuar como sustrato del Derecho sucesorio gallego y que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley vigente, habrá de ser acogido entre las fuentes del Derecho civil propio. En consecuencia, a la autonomía privada deberán serle reconocidas las funciones que a todo principio general asigna de modo expreso, tanto el citado artículo 1, como el artículo 2 de la Ley de 2006. Esto es: las funciones de informar, interpretar e integrar el ordenamiento jurídico gallego.

Por estas razones entiendo que debería descartarse cualquier lectura del Derecho sucesorio de Galicia que lo configurase como una suerte de Derecho especial que habría de ser aplicado siguiendo los principios dispares que informaron la redacción del Código civil y las cautelas derivadas de los mismos. Antes bien, cualquier insuficiencia, laguna o duda interpretativa que se suscite en relación con las normas vigentes en Galicia habrá de ser resuelta en el modo que resulte más favorable al poder de autodeterminación reconocido a los particulares por el Derecho sucesorio gallego. Y en caso de duda habrá de optarse por atribuir carácter dispositivo a las normas que resulten de aplicación al caso concreto.

A nadie se le oculta que, como escribió VALLET, la autonomía privada y la libertad de disponer *mortis causa* que conlleva puede ser útil o perjudicial según el uso que se haga de la misma⁴². Es cierto. Y tam-

42 VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Limitaciones de Derecho sucesorio y la facultad de disponer*, Tomo I – Las Legítimas –, Madrid 1974. pág. 50. Ante el dilema de la libertad de testar o de las legítimas, el autor apela al viejo brocardo “legítima quoad substantiam naturale debitum est, sed quantum ad quantitatem est iuris civilis” y considera que “tal vez sería más exacto decir que son de derecho natural los deberes que constituyen la sustancia de la legítima, ya que éstos pueden cum-

bién lo es que, como recordaba al comienzo, el Notario interviene como autor y no como mero testigo cualificado del documento. Por todo ello quisiera concluir afirmando que la labor del Notariado ha pasado a cobrar una relevancia especial en la conformación de las declaraciones de última voluntad. Tras la reforma operada por la Ley de 2006 el reto a conseguir es que el ejercicio de la autonomía privada en materia sucesoria responda a razones de la razón, de justicia, de prudencia y de verdadera utilidad.

He concluido

plirse sin que las legítimas existan. De no ser así, las legítimas individuales simbólicas de Vizcaya, Navarra y Ayala contrariarían el Derecho natural” (VALLET DE GOYTISOLO, *op. cit.*, pág. 49).

II

CONTESTACIÓN

del

EXCMO. SR.

DON JOSÉ MARÍA BOTANA LÓPEZ

**Excmo. Sr. Presidente de la Academia Gallega de Jurisprudencia
y Legislación**

Excmas. e Ilmas. autoridades

Sres. Académicos

Sras. Y Sres.

El Excmo. Sr. Presidente me ha conferido el alto honor de proceder a la contestación reglamentaria de Ingreso del nuevo Académico que hoy se incorpora como numerario, el Ilmo. Sr. D. Francisco Manuel Ordóñez Armán, lo que para mí constituye no solo una manifestación de gratitud a su amistad, sino también de rendida admiración a un insigne jurista integrante de la prestigiosa Carrera del Notariado español, en cuyo noble servicio viene colaborando con encomiable entrega, a la transformación del Derecho privado gallego, acomodando a la realidad jurídica las distintas y nuevas relaciones sociales que están emergiendo.

Es por tanto un día grande para esta Academia recibir al nuevo numerario, nacido en Buño (Malpica), si bien, desde sus primeros años, su vida y estudios transcurrieron en Santiago de Compostela, en cuya Universidad cursó la Carrera de Derecho de forma tan brillante, que le permitía optar con éxito a las más prometedoras profesiones jurídicas. Pero fue, su inclinación al estudio y conocimiento del Derecho Privado,

que nació de las enseñanzas recibidas en la cátedra de Derecho Civil del profesor José Antonio Doral y de los Notarios, también profesores de esta disciplina, Ildefonso Sánchez Mera y José Antonio Montero Pardo, lo que le llevó a opositar a Notarías. Ingreso en esta Carrera en el año 1980 y su primer destino fue Cariñena, en donde permaneció hasta 1985, año en que fue promovido a la Notaría de segunda clase de Vilanova y la Geltrú. En 1986 por oposición restringida entre Notarios ascendió a primera clase y, esperó a que surgiese vacante de esta categoría en Galicia, siendo destinado el 12 de Noviembre de 1987 a la ciudad de A Coruña, en su Notaría actual. En las elecciones celebradas el 9 de Diciembre de 1990 en el Ilustre Colegio Notarial de Galicia, fue nombrado Vicedecano de la Junta Directiva, y posteriormente Decano en las de 17 de Marzo de 1996, cargo que desempeñó hasta el mes de Enero de 1999. Procede destacar entre sus actividades en el Colegio Notarial, su entrega para la formación de nuevos Notarios, en la Academia fundada con ese fin por Sánchez Mera, Montero Pardo, Moure Goyanes y García Boente, que en su momento fueron sus preparadores. En esta tarea viene dedicando innumerables horas de forma altruista con pasión y generosidad, con destacado éxito de opositores aprobados, que conlleva a que en la actualidad parte de los Notarios de Galicia, hayan ingresado bajo su tutela, la que continúa impartiendo con su indudable Magisterio particularmente en los comienzos de la vida profesional de los nuevos Notarios.

En su quehacer profesional, como muy bien aparece en el discurso que se acaba de leer, no se limita a recoger las decisiones tal como las formulan los comparecientes, que se pueden presentar mal conformadas e incompletas o incluso carentes de cualquier previsión de futuro, sino que interviene como autor, depurando las manifestaciones que se le for-

mulan y no como mero testigo cualificado. Autoría e inmediatez determinante para que el documento tenga valor y eficacia distinto del que gozan los documentos meramente probatorios, al acomodar jurídicamente la problemática de cada supuesto a modelos que resultan admisibles en la reciente legislación foral para las nuevas situaciones que inevitablemente el progreso impone, con lo que, como ya expuse viene contribuyendo con su diaria actividad a la conformación de un nuevo derecho en Galicia.

Su labor trasciende y se divulga más allá de su despacho profesional, mediante la investigación y publicaciones, todo lo que deja constancia de su saber jurídico. De forma sucinta, como este acto exige, procede hacer las siguientes referencias: es coautor del libro “La Sociedad de Responsabilidad Limitada”, editado por el Consejo General del Notariado en 1995; también coautor de los comentarios a los artículos 209 a 218 (Pactos sucesorios) de la Ley 2/2006 de 14 de Junio, y del Capítulo 7 (El Derecho sucesorio Gallego; Legítimas) en el Tomo L de la obra “Proyecto Galicia: Derecho” de Hércules de Ediciones (2006); fue uno de los coordinadores y coautores del tratado “Derecho de Sucesiones y Régimen Económico Familiar de Galicia” editado en 2007. Es desde su inicio profesor de Derecho de Sociedades en la Escuela de práctica jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de A Coruña. Ha sido miembro: de la Comisión de estudio del Congreso Notarial de 1991; del Consejo de Coordinación de la obra “Derecho de Sucesiones de Galicia”, editada por el Colegio Notarial y el Consejo General del Notariado en 1996; de la Comisión Organizadora del “Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera” (2002); y de la Comisión del Colegio Notarial, que participó, en la elaboración del borrador de proyecto de reforma de la Ley

de Derecho Civil de Galicia de 24 de mayo de 1995, que culminó con la Ley de 14 de junio de 2006.

Como el tiempo académico exige, paso a referirme por imperativo reglamentario, al Discurso de Ingreso con él que se nos ha ilustrado y, que, por sí solo, exime de toda glosa, porque su brillante exposición, sistemática y claridad, hacen innecesario lo que yo pueda decir en este acto. Su lectura nos abre el pórtico de lo que ha de ser el nuevo Derecho Gallego en una materia tan relevante para nosotros como es la concerniente a “La autonomía de la voluntad y el derecho de Sucesiones de Galicia”, quedando el autor situado en la primera línea de los estudiosos del Derecho Gallego, un derecho que se entiende cómo un sistema de normas, que reconoce a las personas un espacio de amplia libertad, que permite que esta autonomía llene de vitalidad a un derecho privado, que tiene su origen en ancestrales costumbres y en la experiencia histórica de Galicia y, que no puede quedar anclado en el pasado, pues ha de dar respuestas a nuevas realidades que conlleva el progreso.

El nuevo Académico hace un exhaustivo análisis de la situación jurídica que surge de las nuevas leyes, así como de la amplia problemática a la que se enfrenta esta legislación, presentando las correspondientes soluciones. Este ordenado estudio no sólo se realiza con todo rigor científico, sino también pedagógico, por lo que ha de estar presente en todos los profesionales y estudiosos que se acercan al Derecho de Sucesiones en Galicia, como instrumento de trabajo indispensable. El Discurso leído, se asienta en dos pilares, la proyección de la autonomía de la voluntad en materia sucesoria y los límites que vienen dados por normas específicas que la acotan, a los efectos de disponer de la herencia. Sobre esta base, se analizan las conexiones y divergencias entre el Derecho Común y el Derecho Foral Gallego, destacando cuatro

cuestiones fundamentales en nuestro derecho de sucesiones, que versan sobre, “modos de ordenar la sucesión”, “configuración del testamento”, “juego de las Instituciones fiduciarias” y “límites de contenido material representados por las legítimas”.

Las conclusiones a las que se llega con brillantes razonamientos que se asientan jurídicamente, tanto con citas doctrinales, como de las correspondientes normas jurídicas, referidas particularmente al Código Civil, la Constitución Española y otros Derechos Forales, poniendo de relieve, que el Derecho Gallego no entra en contradicción con las normas del Derecho Común aunque sí se aleja del Código Civil.

En los “modos de ordenar la sucesión”, defiende junto a la sucesión testamentaria y la sucesión legal del Derecho Común, la delación por pactos sucesorios, que dan vía libre al testamento mancomunado y en mayor o en menor medida al testamento por comisario, que amplían la facultad de disposición, restringiendo la cuantía de las cuotas legítimas, que dan lugar a un simple derecho de crédito.

En lo concerniente a la “configuración del testamento” mantiene que nuestro Derecho se distancia del régimen jurídico del Código Civil, excluyendo las notas de unipersonalidad y unilateralidad y, destaca, que el ámbito de la autonomía privada permite encauzar las disposiciones de última voluntad mediante el testamento mancomunado en sus modalidades de simple y correspectivo, así como el testamento por comisario. Matiza que el testamento simple o conjunto se hace referible a dos o más personas, aunque entre ellas no existan vínculos de parentesco, por lo que existen tantos actos testamentarios como otorgantes, aunque un único instrumento notarial; mientras que el testamento correspectivo esta reservado exclusivamente a los cónyuges y, permite condicionar de

modo recíproco las disposiciones de última voluntad, por lo que la revocación de uno habrá de ser notificada al otro otorgante para su eficacia.

Por lo que se refiere al “juego de las Instituciones fiduciarias”, destaca que sus manifestaciones son, la delegación de la facultad de testar o testamento por comisario y, la figura del contador-partidor, en donde la autonomía de la libertad posibilita la intervención de un tercero de confianza en la conformación de la voluntad testamentaria y, posibilita la atribución al contador-partidor de facultades ajenas a la partición. Distingue dos fases en el desarrollo del testamento por comisario, la primera que habrá de formalizarse en testamento o capitulaciones matrimoniales y, la segunda que se inicia con la formulación y ejecución de los llamamientos por el comisario apoderado y, en ella, el cónyuge viudo tendrá las facultades que el poderdante le hubiera otorgado, reconociendo, en defecto de Ley, la condición de administrador al propio comisario, que podrá conciliar con su probable titularidad de usufructo universal, por lo que es una opción que puede coordinar los cambios de poder en las empresas y enlazar con las nuevas generaciones. El pacto o contrato sucesorio aparece como una tercera figura de co-tejo entre el Derecho Foral y el Derecho Común, mediante la cual se dispone “mortis causa” de bienes y derechos de alguna de las personas otorgantes, con la posibilidad de su inscripción en el registro de bienes y, aunque crea derechos actuales, dado el carácter sucesorio, son provisionales en el grado en que se convenga. Pone de manifiesto, que sus límites vienen dados por la capacidad de obrar y el otorgamiento en escritura pública y, que su utilidad surge, porque cada vez más los otorgantes diferencian el patrimonio personal y el empresarial. En el primero, las asignaciones se rigen comúnmente por sentimientos de cariño o criterios de igualdad, mientras que en el patrimonio empresarial,

juegan criterios de competencia, eficacia y competitividad, en dónde la autonomía privada hace posible promover pactos distintos de los que tipifica y enuncia el legislador, como otorgar contratos sucesorios por quienes no son entre si parientes en línea recta, lo que conlleva a que el Derecho Civil de Galicia admita en esta materia el criterio de “númerus apertus”.

En lo que atañe a los “límites de contenido material representados por las legítimas”, que constituye el elemento de cierre del discurso, se pone de manifiesto que ello permite configurar de modo definitivo las relaciones entre la autonomía privada y el derecho definitivo, pues en el transcurso del tiempo, con el cambio de circunstancias impuestas por el progreso, los patrimonios familiares han pasado ser comúnmente patrimonios de consumo, en dónde los recursos se destinan a la formación personal y profesional de los hijos, y estos, ya no contribuyen a la conformación de dicho patrimonio, por lo que en esta evolución el legislador reduce la cuantía de la legítima estricta del tercio al cuarto, suprimiendo además el denominado tercio de mejora, y, el legitimario ya no mantiene derecho a los bienes hereditarios, sino que pasa a tener simplemente la condición de acreedor del eventual heredero.

Para concluir, cabe decir, que la lectura de este discurso nos lleva a exigir de su autor que aborde una obra, en dónde se recoja un amplio desarrollo de todo el rico contenido de los enunciados, razonamientos y conclusiones que en el discurso se acaban de exponer, pues dada la naturaleza de este acto Académico, no era posible abordar con mayor extensión tales cuestiones. Es el discurso un complemento necesario y exigido de una serie de estudios, que van surgiendo sobre nuestro Derecho Foral.

Por todo lo expuesto, en la evolución de Derecho Foral Gallego se pueden aplicar las palabras de Manuel Murguía cuando dice que en el pueblo Gallego no se verifica modificación alguna que no se lleve a cabo con una cierta parsimonia y como contra la voluntad.

Con ello termino.