foro galego

Revista Xurídica

VII ÉPOCA | AÑO 2003 | NÚMEROS 191 - 192

ILUSTRE COLEGIO PROVINCIAL DE ABOGADOS DE A CORUÑA
ACADEMIA GALLEGA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN
UNIVERSIDADE DE A CORUÑA

III CONGRESO DEREITO GALEGO

A CORUÑA 2002

CONSEJO DE LA REVISTA

Presidentes:

Excmo. Sr. D. José Antonio García Caridad
Presidente de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

Excmo. Sr. D. José Luis Meilán Gil
Rector de la Universidad de A Coruña

Consejero Delegado:

Excmo. Sr. D. César Torres Díaz
Decano del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de A Coruña

Vocales:

Por el Ilustre Colegio Provincial de Abogados de A Coruña:

Diputado 1º:	Sr. D. Jesús Varela Fraga
Diputado 2º:	Sr. D. Antonio Fernández Chao
Diputado 3º:	Sr. D. Sebastián Martínez-Risco Alonso
Diputado 4º:	Sr. D. Augusto José Pérez-Cepeda Vila
Diputado 5º:	Sra. Dª. María del Carmen Alarcón Prieto
Diputado 6º:	Sr. D. Miguel Lorenzo Torres
Tesorera:	Sra. Dª. María del Mar Ramos Martínez
Bibliotecaria:	Sra. Dª. María del Rosario Crespo Prieto
Secretario:	Sr. D. Félix Ángel Suárez Mira

Por la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación:

D. José Manuel Liaño Flores, Abogado
D. Francisco Manuel Ordoñez Armán, Notario
D. José María Botana López, Magistrado del Tribunal Supremo

Por la Universidad de A Coruña:

D. Miguel Ángel Pérez Álvarez, Catedrático de Derecho Civil
D. José Luis García-Pita y Lastres, Catedrático de Derecho Mercantil
D. Jesús Martínez Girón, Catedrático de Derecho del Trabajo

CONSEJO DE REDACCIÓN:

D. Jesús Varela Fraga
D. Antonio Fernández Chao
D. Augusto José Pérez-Cepeda Vila
Dª. María del Carmen Alarcón Prieto
D. José Luis Seoane Spiegelberg
D. Miguel Ángel Pérez Álvarez
D. José Luis García-Pita y Lastres
D. Francisco Manuel Ordóñez Armán

Edita: Ilustre Colegio Provincial de Abogados de La Coruña
Federico Tapia, 11, bajo
15005 La Coruña

Imprime: Venus Artes Gráficas, S.A.
D.L.: C-79/1966

LIBRO DEL

III CONGRESO DE DERECHO GALLEGO

celebrado en Palacio de Congresos de la ciudad de La Coruña en los días 27, 28 y 29 de noviembre de 2.002, promovido por la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación y los Ilustres Colegios de Abogados de Galicia.

INTRODUCCIÓN

Esta publicación -centrada en el III Congreso de Dereito Galego- quiere ser testimonio amplio y riguroso de las reflexiones y sentimientos de los juristas gallegos en torno a las singularidades específicas del derecho gallego, a su devenir y proyección futura en el umbral de la revisión prevista por la vigente Ley 4/95 de 24 de mayo de Derecho Civil de Galicia.

Se recogen por ello, las ponencias y la totalidad de los trabajos presentados, así como las actas de las sesiones y las conclusiones definitivas del III Congreso de Dereito Galego, convocado por la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación juntamente con los siete Colegios de Abogados de Galicia y que, celebrado en La Coruña en los dias 27, 28 y 29 de noviembre de 2.002, constituye, sin duda alguna, una aportación de incalculable valor histórico indispensable para el conocimiento de nuestra realidad económica, social y jurídica.

Tanto la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación como el Colegio de Abogados de La Coruña, han querido que sea **Foro Galego** el soporte material para la publicación y difusión mas amplia posible de los trabajos y conclusiones del III Congreso de Dereito Galego.

No sería justo dejar pasar esta ocasión, sin expresar la gratitud del mundo jurídico gallego a entidades y organismos como la Consellería de Xustiza Interior e Relacións Laborais, Concello da Coruña, Diputaciones Provinciales, Caixa Galicia, Caixanova y Banco Pastor, que con su continuo apoyo, han permitido, una vez mas, la celebración de tan importante evento.

César Torres Díaz
Consejero Delegado

ACTA DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS ÓRGANOS DEL CONGRESO

En la Sala de Juntas del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de La Coruña, a las dieciocho horas del día quince de febrero de dos mil dos, se reúnen las personas que seguidamente se dirán convocadas por la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación y por el Ilustre Colegio Provincial de Abogados de La Coruña, aquí representados; la primera por su Presidente Excmo. Sr. Don JOSÉ ANTONIO GARCÍA CARIDAD y el segundo por su Vicedecano Don JESÚS VARELA FRAGA (que actúa como Secretario en esta sesión) por ausencia justificada del Decano Excmo. Sr. Don CÉSAR TORRES DÍAZ, siendo el objeto de esta convocatoria de juristas de la Comunidad Autónoma el poner en conocimiento de los mismos la intención de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación y el Ilustre Colegio Provincial de Abogados de La Coruña para celebrar el próximo "III Congreso de Derecho Gallego".

Comparecen, además del Sr. GARCÍA CARIDAD y Sr. VARELA FRAGA, los siguientes señores:

Don JOSÉ MANUEL LIAÑO FLORES, Abogado del Ilustre Colegio de La Coruña.
Don PABLO SANDE GARCÍA, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
Don JOSÉ SEOANE IGLESIAS, Abogado del Ilustre Colegio de Ferrol.
Don JOSÉ ANTONIO LÓPEZ GRAÑA, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lugo.
Don ANTONIO DÍAZ FUENTES, Abogado del Ilustre Colegio de Lugo.
Don NEMESIO BARXA ÁLVAREZ, Abogado del Ilustre Colegio de Orense.
Don LUIS RODRÍGUEZ ENNES, Catedrático de Derecho Romano de la Facultad de Orense.
Don MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ÁLVAREZ, Catedrático de Derecho Civil de la Facultad de La Coruña.
Don FRANCISCO MANUEL ORDÓÑEZ ARMÁN, Notario de La Coruña.
Don JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG, Magistrado de la Audiencia Provincial de La Coruña.
Don SANTIAGO NOGUEIRA ROMERO, Abogado del Ilustre Colegio de Santiago.
Don JOSÉ GONZALO DE LA HUERGA FIDALGO, Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.
Don ÁNGEL LUIS REBOLLEDO VARELA, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela.
Don CELESTINO PARDO CASTIÑEIRA, Abogado.

Justificaron su ausencia, a pesar de estar convocados para esta reunión don VICTORINO GUTIÉRREZ ALLER, Notario de Lalín y don DOMINGO BELLO

JANEIRO, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Coruña.

Abierto el acto, por el Sr. GARCÍA CARIDAD se da cuenta a los asistentes de la intención de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación y del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de La Coruña de celebrar el "III Congreso de Derecho Gallego", en esta ciudad, habiendo acordado convocar a los asistentes como juristas gallegos de prestigio y estudiosos del Derecho Civil de Galicia, haciendo saber a los asistentes que en la lista de los convocados muy bien pudo haberse omitido involuntariamente algún jurista estudioso de nuestro derecho, invitando a los asistentes para proponer los que estimen con méritos para su inclusión, acordándose por la totalidad de los asistentes incluir a don FERNANDO JOSÉ LORENZO MERINO, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Vigo, don JOSÉ MANUEL LOIS PUENTE, Notario de La Coruña y don EDUARDO MÉNDEZ APENELA, Notario de Pontevedra; a los cuales se citará para posteriores sesiones.

Ante la inmejorable acogida por parte de todos los asistentes a la celebración del Congreso, que, además se estima necesario, manifestando los mismos su voluntad de cooperar en las Ponencias, se procedió seguidamente al nombramiento de un Comité Coordinador de Ponencias incardinada en la Comisión de Estudios. Dicho Comité Coordinador debe de estar formado por miembros con domicilio en esta ciudad y será integrado por los siguientes Señores:

Presidente: Don JOSÉ MANUEL LIAÑO FLORES.

Vocales: Don PABLO SANDE GARCÍA.
Don FRANCISCO MANUEL ORDÓÑEZ ARMÁN.
Don SANTIAGO NOGUEIRA ROMERO.
Don JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG.
Don MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ÁLVAREZ.

Secretario: Por el Ilustre Colegio Provincial de Abogados de La Coruña se designará un Abogado como secretario de dicha Comisión, lo que se notificará al Sr. Presidente.

Seguidamente se procedió a la designación de los temas fundamentales a debatir como Ponencias en las Comisiones del Congreso, asignando a cada una, a modo de homenaje, el nombre de ilustres compañeros y juristas estudiosos que fueron de nuestro derecho y ya fallecidos, resultando por unanimidad las siguientes:

PRIMERA.– Ponencia "RAMÓN CARBALLAL PERNAS", sobre PRINCIPIOS, FUENTES Y RECURSO DE CASACIÓN.

Quedó formada por los siguientes Ponentes:

Don JOSÉ SEOANE IGLESIAS.

Don PABLO SANDE GARCÍA.

Don LUIS RODRÍGUEZ ENNES.

Don CELESTINO PARDO CASTIÑEIRA, que actuará, además, como Secretario.

SEGUNDA.– Ponencia "MANUEL IGLESIAS CORRAL", sobre PERSONAS Y FAMILIA.

Quedó formada por los siguientes Ponentes:

Don JOSÉ ANTONIO LÓPEZ GRAÑA.

Don ANTONIO DÍAZ FUENTES.

Don NEMESIO BARXA ÁLVAREZ.

Don JOSÉ MANUEL LOIS PUENTE, que actuará, además, como Secretario.

TERCERA.– Ponencia "SEBASTIÁN MARTÍNEZ–RISCO Y MACÍAS", sobre DERECHOS REALES.

Quedó formada por los siguientes Ponentes:

Don JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG.

Don PABLO SANDE GARCÍA.

Don ÁNGEL LUIS REBOLLEDO VARELA.

Don RAMÓN P. RODRÍGUEZ MONTERO, que actuará, además, como Secretario.

CUARTA.– Ponencia "MANUEL ARTIME PRIETO", sobre MONTES.

Quedó formada por los siguientes Ponentes:

Don JOSÉ MANUEL LIAÑO FLORES.

Don JOSÉ ANTONIO LÓPEZ GRAÑA.

Don ANTONIO DÍAZ FUENTES.

Don NEMESIO BARXA ÁLVAREZ.

Don GONZALO DE LA HUERGA FIDALGO, que actuará, además, como Secretario.

QUINTA.– Ponencia "PEDRO GONZÁLEZ LÓPEZ", sobre OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

Quedó formada por los siguientes Ponentes:

Don JOSÉ MANUEL LIAÑO FLORES.

Don DOMINGO BELLO JANEIRO.

Don FERNANDO JOSÉ LORENZO MERINO.

Don SANTIAGO NOGUEIRA ROMERO, que actuará, además, como Secretario.

SEXTA.– Ponencia "DON ILDEFONSO SÁNCHEZ MERA", sobre SUCESIONES.

Quedó formada por los siguientes Ponentes:

Don FRANCISCO MANUEL ORDÓÑEZ ARMÁN.

Don ANTONIO DÍAZ FUENTES.

Don EDUARDO MÉNDEZ APENELA.

Don MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ÁLVAREZ, que actuará, además, como Secretario.

Siendo las veinte horas, y no habiendo más asuntos que tratar, se levanta la sesión, de la que yo Secretario, con el Visto Bueno del Sr. Presidente, doy fe.

PRESIDENCIA DE HONOR

D. MANUEL FRAGA IRIBARNE
Presidente de la Xunta de Galicia

PRESIDENCIA DEL CONGRESO

D. JOSÉ ANTONIO GARCÍA CARIDAD
Presidente de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

PRESIDENCIA DE LA COMISIÓN ORGANIZADORA

D. CÉSAR TORRES DÍAZ
Decano del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de La Coruña

SECRETARÍA GENERAL

D. JESÚS VARELA FRAGA
Vicedecano del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de La Coruña

CONSEJO GENERAL DEL CONGRESO

PRESIDENTE:
D. JOSÉ ANTONIO GARCÍA CARIDAD
Presidente de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

VOCALES:
D. ANTONIO PILLADO MONTERO
Conselleiro de Xustiza, Interior e Administración Local

D. JESÚS SOUTO PRIETO
Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia

D. CÉSAR TORRES DÍAZ
Decano del Ilustre Colegio de Abogados de La Coruña

D. JOSÉ ANTONIO LÓPEZ GRAÑA
Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lugo

D. MIGUEL ÁNGEL GONZÁLEZ TRIGÁS
Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Ourense

D. ELOY ARTIME COT
Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Pontevedra

D. JAVIER ÁLVAREZ SANTULLANO PINO
Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Santiago de Compostela

D. ALFONSO ÁLVAREZ GÁNDARA
Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Vigo

D. FERNANDO PANTÍN MANEIROS
Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Ferrol

D. JOSE LUIS MEILAN GIL
Rector de la Universidad de La Coruña

SECRETARIO:
D. JESÚS VARELA FRAGA
Vicedecano del Ilustre Colegio de Abogados de La Coruña

COMISIÓN ORGANIZADORA DEL CONGRESO

PRESIDENTE:
D. CÉSAR TORRES DÍAZ

VICEPRESIDENTES:
D. ÁNGEL MARÍA JUDEL PRIETO
D. GERARDO GARCÍA-BOENTE SÁNCHEZ

VOCALES:
D. JOSÉ CORA RODRÍGUEZ
D. ANTONIO FERNÁNDEZ CHAO
D. SEBASTIÁN MARTÍNEZ-RISCO ALONSO
D. JOSÉ LUIS ALONSO ZATO
D. GABRIEL NIETO Y ÁLVAREZ-URÍA
Dña. ASUNCIÓN JIMÉNEZ DE LLANO ZATO
D. RAMÓN ALONSO PIZZI
D. LUIS GONZÁLEZ DEUS
D. SERAFÍN QUINTEIRO BLANCO

SECRETARIO:
D. JOSÉ PUENTES GONZÁLEZ

SECRETARIA ADJUNTA:
Dña. ROSA MOSQUERA REGUEIRO

SECRETARIO TÉCNICO:
D. MARCIAL RICO GARCÍA

COMISIÓN DE ESTUDIOS

PRESIDENTE:
D. JOSÉ ANTONIO LÓPEZ GRAÑA

VICEPRESIDENTE:
D. JOSÉ SEOANE IGLESIAS

VOCALES:
D. NEMESIO BARXA ÁLVAREZ
D. DOMINGO BELLO JANEIRO
D. FRANCISCO MANUEL BOTANA TORRÓN
D. JOSÉ GONZALO DE LA HUERGA FIDALGO
D. ANTONIO DÍAZ FUENTES
D. VICTORINO GUTIÉRREZ ALLER
D. JOSÉ MANUEL LIAÑO FLORES
D. JOSÉ MANUEL LOIS PUENTE
D. FERNANDO JOSÉ LORENZO MERINO
D. EDUARDO MÉNDEZ APENELA
D. SANTIAGO NOGUEIRA ROMERO
D. FRANCISCO MANUEL ORDÓÑEZ ARMÁN
D. CELESTINO PARDO CASTIÑEIRA
D. JOSÉ MARÍA PENA LÓPEZ
D. VÍCTOR JOSÉ PEÓN RAMA
D. MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ÁLVAREZ
D. ÁNGEL LUIS REBOLLEDO VARELA
D. LUIS RODRÍGUEZ ENNES
Dña. ANA ISABEL RODRÍGUEZ PARADA
Dña. MARÍA JOSÉ RUÍZ TOVAR
D. PABLO SANDE GARCÍA
D. JOSE LUIS SEOANE SPIEGELBERG

SECRETARIO:
D. JESÚS VARELA FRAGA

Comité Coordinador de Ponencias:

PRESIDENTE: D. JOSÉ MANUEL LIAÑO FLORES
VOCALES: D. SANTIAGO NOGUEIRA ROMERO
D. FRANCISCO MANUEL ORDÓÑEZ ARMÁN
D. MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ÁLVAREZ
D. PABLO SANDE GARCÍA
D. JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG
SECRETARIO: D. SERGIO ARAMBURU GUILLÁN

COMISIÓN DE FINANZAS

PRESIDENTE:
D. ARSENIO CRISTÓBAL Y FERNÁNDEZ PORTAL

VOCALES:
D. RICARDO DÍAZ FRAGA
D. JOSÉ MANUEL BLANCO-ONS FERNÁNDEZ
D. FÉLIX ÁNGEL SUÁREZ MIRA

SECRETARIA:
Dña. MARÍA DEL MAR RAMOS MARTÍNEZ

COMISIÓN DE RELACIONES PÚBLICAS Y DE ACTIVIDADES

PRESIDENTE:
D. JOSÉ LUIS LÓPEZ MOSTEIRO

VOCALES:
Dña. MARÍA ANTONIA DE OYA VITURRO
Dña. ELIA ESTÉBAN GARCÍA ABOAL
Dña. FORINDA FERNÁNDEZ VILLAR
D. PABLO JAVIER LÓPEZ SÁNCHEZ

SECRETARIO:
D. MIGUEL LORENZO TORRES

COMPOSICIÓN DE LAS SECCIONES

SECCIÓN PRIMERA

«RAMÓN CARBALLAL PERNAS»

PRINCIPIOS, FUENTES Y RECURSO DE CASACIÓN

PRESIDENTE:
D. JOSÉ ANTONIO LOIS FERNÁNDEZ

VICEPRESIDENTE:
D. EMILIO ATRIO ABAD

VOCALES:
D. FÉLIX ÁNGEL SUÁREZ MIRA
D. LUIS ASTRAY PUMPIDO

PONENTES:
D. CELESTINO PARDO CASTIÑEIRA
D. JOSÉ MARÍA PENA LÓPEZ
D. LUIS RODRÍGUEZ ENNES
D. PABLO SANDE GARCÍA
D. JOSÉ SEOANE IGLESIAS

SECRETARIA:
Dña. MARÍA ASUNCIÓN BLANCO REGUEIRO

SECCIÓN SEGUNDA

«MANUEL IGLESIAS CORRAL»

PERSONAS Y FAMILIA

PRESIDENTE:
D. JOSÉ CORA RODRÍGUEZ

VICEPRESIDENTE:
D. LUIS GONZÁLEZ DEUS

VOCALES:
D. JOSÉ MANUEL BABÍO ARCAY
Dña. ROSARIO CRESPO PRIETO

PONENTES:
D. JULIO BARROS CASAL
D. NEMESIO BARXA ÁLVAREZ
D. ANTONIO DÍAZ FUENTES
D. JOSÉ ANTONIO LÓPEZ GRAÑA
D. JESÚS VARELA FRAGA
D. JOSÉ MANUEL PACHO BLANCO
D. JOSÉ MANUEL LOIS PUENTE

SECRETARIA:
Dña. MARÍA LOURDES LÓPEZ FERNÁNDEZ

SECCIÓN TERCERA

«SEBASTIÁN MARTÍNEZ–RISCO Y MACÍAS»

DERECHOS REALES

PRESIDENTE:
D. MANUEL CRESPO RIVAS

VICEPRESIDENTE:
D. RICARDO DÍAZ FRAGA

VOCALES:
D. JOSÉ PABLO CASAS ESTÉVEZ
D. JOSÉ PORTOS FREIRE

PONENTES:
D. FRANCISCO MANUEL BOTANA TORRÓN
D. ÁNGEL LUIS REBOLLEDO VARELA
D. RAMÓN P. RODRÍGUEZ MONTERO
Dña. MARÍA JOSEFA RUÍZ TOVAR
D. PABLO SANDE GARCÍA
D. JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

SECRETARIO:
D. MIGUEL DEUS PALLARÉS

SECCIÓN CUARTA

«MANUEL ARTIME PRIETO»

MONTES

PRESIDENTE:
D. MAURO VARELA PÉREZ

VICEPRESIDENTE:
D. CARLOS BELLÓN VÁZQUEZ

VOCALES:
D. ALEJANDRO FERNÁNDEZ PUMARIÑO
D. LUIS EVARISTO LARROSA BARROS

PONENTES:
D. NEMESIO BARXA ÁLVAREZ
D. JOSÉ GONZALO DE LA HUERGA FIDALGO
D. ANTONIO DÍAZ FUENTES
D. JOSÉ MANUEL LIAÑO FLORES
D. JOSÉ ANTONIO LÓPEZ GRAÑA
D. JUAN RAPOSO ARCEO
Dña. MARÍA JOSEFA RUÍZ TOVAR

SECRETARIA:
Dña. MERCEDES PAULA ALVARELLOS FONDO

SECCIÓN QUINTA

«PEDRO GONZÁLEZ LÓPEZ»

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

PRESIDENTE:
D. JUAN JOSÉ REIGOSA GONZÁLEZ

VICEPRESIDENTE:
D. JUAN RAMÓN BENEYTO BELLAS

VOCALES:
D. JOSÉ MANUEL BLANCO-ONS FERNÁNDEZ
D. MANUEL ESTÉVEZ MENGOTTI

PONENTES:
D. DOMINGO BELLO JANEIRO
D. JOSÉ MANUEL LIAÑO FLORES
D. FERNANDO JOSÉ LORENZO MERINO
D. SANTIAGO NOGUEIRA ROMERO
D. VÍCTOR PEÓN RAMA

SECRETARIO:
D. ALBERTO BALLÓN LAGE

SECCIÓN SEXTA

«ILDEFONSO SÁNCHEZ MERA»

SUCESIONES

PRESIDENTE:
D. JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ PARDO

VICEPRESIDENTE:
D. JUAN ARESES TRAPOTE

VOCALES:
Dña. MARIA DEL CARMEN ALARCÓN PRIETO
D. ÓSCAR FERNÁNDEZ REFOXO

PONENTES:
D. JUAN ARESES TRAPOTE
D. ERNESTO BALTAR FEIJÓO
D. NEMESIO BARXA ÁLVAREZ
D. DOMINGO BELLO JANEIRO
D. ANTONIO DÍAZ FUENTES
D. JOSÉ MANUEL GARCÍA SOBRADO
D. ALFONSO GRANDE PÉREZ
D. VICTORINO GUTIERREZ ALLER
D. JOSE MANUEL LOIS PUENTE
D. EDUARDO MÉNDEZ APENELA
D. FRANCISCO MANUEL ORDÓÑEZ ARMÁN
D. JOSÉ MANUEL PACHO BLANCO
D. CELESTINO PARDO CASTIÑEIRA
D. MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ÁLVAREZ
D. RAMÓN PÉREZ NOVOA
D. JOSÉ PUENTES GONZÁLEZ
D. ÁNGEL LUIS REBOLLEDO VARELA
Dña. MARÍA JOSEFA RUÍZ TOVAR
Dña. MARÍA NIEVES SANTOMÉ COUTO
D. JOSÉ SEOANE IGLESIAS
D. VÍCTOR VARELA CARID

SECRETARIA:
Dña. MARÍA DEL PILAR CORTIZO MELLA

SECCIÓN SÉPTIMA

«ANTONIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ»

TEMAS LIBRES Y COMUNICACIONES VARIAS

PRESIDENTE:
D. MODESTO BARCIA LAGO

VICEPRESIDENTE:
D. ANTONIO FERNÁNDEZ CHAO

VOCALES:
D. VICENTE BELLÓN MARTÍNEZ
D. FERNANDO PLACER GARCÍA

SECRETARIO:
D. MIGUEL ÁNGEL CARIDAD BARREIRO

REGLAMENTO DEL III CONGRESO DE DERECHO GALLEGO

TÍTULO I

Objeto del Congreso

ARTÍCULO 1.– De la promoción del Congreso.

El III Congreso de Derecho Gallego se convoca a propuesta de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación con el Ilustre Colegio Provincial de Abogados de La Coruña y la colaboración de los Ilustres Colegios de Abogados gallegos.

ARTÍCULO 2.– Tiempo y lugar de su celebración.

El Congreso se celebrará durante los días 27, 28 y 29 de noviembre de 2002, en el Palacio de Justicia, previéndose la posibilidad de que se celebren sesiones en otras dependencias. La Secretaría Oficial del Congreso se establece en la sede del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de La Coruña, que lo es también de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación.

ARTÍCULO 3.– Finalidad del Congreso.

El Congreso tiene como finalidad el estudio y, consecuentemente, proponer las soluciones del caso a la problemática actual de la vida jurídica gallega y en especial de las instituciones propias del Derecho Civil de Galicia, con ocasión de la revisión de la vigente Ley 4/1995 de 24 de mayo de Dereito Civil de Galicia.

ARTÍCULO 4.– Trabajos del Congreso.

La labor del Congreso consistirá en la discusión de un temario y la aprobación de conclusiones en la forma que determina este Reglamento.

Las materias sobre las que versarán los trabajos de las distintas ponencias, y nominación de las mismas, son las siguientes:

Primera Sección: "Don Ramón Carballal Pernas", sobre "Principios, fuentes y recurso de casación".

Segunda Sección: "Don Manuel Iglesias Corral", sobre "Personas y familia".

Tercera Sección: "Don Sebastián Martínez–Risco y Macías", sobre "Derechos reales".

Cuarta Sección: "Don Manuel Artime Prieto", sobre "Montes".

Quinta Sección: "Don Pedro González López", sobre "Obligaciones y contratos".

Sexta Sección: "Don Ildefonso Sánchez Mera", sobre "Sucesiones".

Séptima Sección: "Don Antonio Fernández Rodríguez", sobre "Temas libres y comunicaciones varias".

ARTÍCULO 5.– Presidencia del Congreso.

Es Presidente del mismo el Excmo. Sr. Don José Antonio García Caridad,

Presidente de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación.

TÍTULO II

Órganos del Congreso

ARTÍCULO 6.– Consejo General del Congreso.

El Consejo General es el organismo propulsor del Congreso, y está integrado por los ocho organismos interesados –es decir, por los siete Colegios de Abogados y la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación– con igualdad de voto, recayendo su presidencia en el Ilustre Colegio de La Coruña.

El Presidente del Congreso ostentará la presidencia del Consejo General, recayendo la Secretaría en un miembro de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de La Coruña.

Queda prevista la posibilidad de que en este Consejo se integre un representante de la Universidad y otro del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

Al Consejo General corresponde la máxima representación del Congreso asumiendo todas las funciones relativas a la organización y desarrollo del Congreso, con facultad para otorgar las delegaciones que estime necesarias.

ARTÍCULO 7.– Comisión Organizadora.

Se constituye la Comisión Organizadora del Congreso, que asumirá con carácter general y en funciones delegadas del Consejo General, la organización, programación y coordinación de los distintos trabajos del Congreso y de sus Comisiones, elaborando al efecto el Reglamento del Congreso. Corresponden a la Comisión Organizadora todas las funciones ejecutivas, pudiendo para su desarrollo, constituir los comités y las delegaciones que estime pertinentes.

ARTÍCULO 8.– De las distintas Comisiones de Trabajo.

1.– COMISIÓN DE ESTUDIOS. Le corresponde la preparación de los trabajos científicos del Congreso y la distribución y encargo de las ponencias y conferencias, de acuerdo con las directrices que haya tomado la Comisión Organizadora para desarrollo de las sesiones y reuniones correspondientes con el asesoramiento de la Comisión Organizadora.

Dentro de la Comisión de Estudios se constituirá una Comisión Permanente para la coordinación de las ponencias. Constará de un Presidente y un Vocal responsable de cada una de las ponencias.

2.– COMISIÓN DE FINANZAS. Le incumbe la tarea de administración, tesorería y contabilidad del Congreso, así como hacer propuestas del plan de recursos para atender a los gastos de su celebración.

Se integrarán las personas designadas por el Presidente con el asesoramiento de la Comisión Organizadora.

3.– COMISIÓN DE RELACIONES PÚBLICAS Y DE ACTIVIDADES. Esta Comisión, que se integrará por las personas designadas por el Presidente con el asesoramiento de la Comisión Organizadora, dividirá sus funciones y miembros en los tres Comités siguientes:

Comité de Relaciones Públicas: destinado a la proyección externa del Congreso, relación con las entidades oficiales, personalidades, congresistas y asistentes, y con los medios de comunicación social.

Comité de actos culturales y suplementarios: su finalidad es organizar los actos culturales que se irán produciendo durante la fase preparatoria del Congreso y paralelamente a la celebración del mismo, tales como conferencias, exposiciones, etc. etc.

Comité de actividades sociales: destinado a velar por la atención de los congresistas, acompañantes y asistentes; organizando banquetes, excursiones, desplazamientos y en su caso el hospedaje de los asistentes.

ARTÍCULO 9.– Mesa Permanente del Congreso.

Las Sesiones Plenarias estarán presididas por la Mesa del Congreso integrada por la Presidencia del Congreso y el Consejo General del mismo.

ARTÍCULO 10.– Mesas de las Secciones.

Estará formada por un Presidente, un Vicepresidente y dos Vocales todos ellos designados por la Comisión Organizadora; así como por un Secretario.

ARTÍCULO 11.– Ponencias.

La Comisión de Estudios, designará de entre sus miembros a un número suficiente de personas encargadas de elaborar cada una de las Ponencias, vinculando a la confección de las Ponencias los expertos colaboradores que estime necesarios.

TÍTULO III

Congresistas y Asistentes

ARTÍCULO 12.– Requisitos.

Pueden ser Congresistas los Licenciados en Derecho; y Asistentes los alumnos de alguna Facultad de Derecho.

ARTÍCULO 13.– Inscripción.

La inscripción de los Congresistas y Asistentes se realizará durante el tiempo que fije la convocatoria mediante el pago de 30 euros y de 20 euros para los acompañantes. El Secretario de la Comisión Organizadora librará la correspondiente credencial.

La inscripción implica el acatar las normas del presente Reglamento.

ARTÍCULO 14.– Derechos de los Congresistas.

Los Congresistas tienen derecho a:

a) Formular enmiendas a las Secciones del Congreso y enmiendas a los dictámenes de las Ponencias.

b) Participar con voz y voto en las Secciones en que figuren inscritos y en las Sesiones Plenarias, así como a ejercer todos los derechos que les confiere este

Reglamento. Ningún Congresista podrá estar inscripto en más de dos Secciones.

c) Tomar parte en los actos complementarios.

d) Recibir la publicación de las Conclusiones a que llegue el Congreso.

ARTÍCULO 15.– Derecho de los Asistentes.

Los Asistentes tienen derecho a:

a) Estar presente en las reuniones del Pleno y de las Secciones en que se hayan inscrito.

b) Hacer uso de la palabra, tanto en las Secciones como en el Pleno, para defender sus propias comunicaciones y siempre que hayan quedado formalizadas de acuerdo con este Reglamento.

c) Tomar parte en los actos complementarios.

d) Recibir la publicación de las Conclusiones a que llegue el Congreso.

TÍTULO IV

Aportación de trabajos y comunicaciones

ARTÍCULO 16.– Presentación.

La convocatoria del Congreso fijará un plazo durante el cual cualquier persona podrá presentar las comunicaciones que crea convenientes referidos al Temario. Tal presentación se efectuará en la Secretaría, que lo pasará a la Ponencia dictaminadora correspondiente. La comunicación no podrá exceder de 20 folios cada una.

ARTÍCULO 17.– Dictamen de la Ponencia.

Finalizado el período de presentación de las comunicaciones la Ponencia formulará su dictamen. Los dictámenes serán impresos y repartidos a los Congresistas y Asistentes.

ARTÍCULO 18.– Discusión en el Congreso de las Ponencias y las comunicaciones presentadas, así como de las enmiendas, en su caso.

Todos las comunicaciones que hubiesen sido admitidas por la Comisión de Estudios, serán conservadas a disposición de los Congresistas en la Sección correspondiente, dándose lectura de un resumen de cada una de ellas.

Además, los autores podrán, en el caso de que lo estime el Presidente, proponer de nuevo tales trabajos en concepto de enmiendas al dictamen de la Ponencia.

ARTÍCULO 19.– Las enmiendas, formuladas en forma de conclusiones, serán repartidas a los Congresistas y Asistentes inscriptos en la Sección correspondiente. En ningún caso, podrá cada enmienda exceder de 2 folios.

TÍTULO V

Secciones del Congreso

ARTÍCULO 20.– Las Secciones serán siete –de acuerdo con el Temario– y estarán presididas por la Mesa correspondiente . Podrán en sesiones, confeccionadas al efecto, tomar parte en las deliberaciones de cada una los Congresistas y Asistentes inscritos en ella.

ARTÍCULO 21.– Funciones.

Las Secciones tendrán por función el estudio y discusión de la Ponencia y las comunicaciones y, en su caso, las enmiendas que le correspondan; así como la redacción de las Conclusiones a presentar al Pleno, que será el único órgano competente para la aprobación definitiva.

ARTÍCULO 22.– Deliberaciones.

Leído el dictamen de la Ponencia y las comunicaciones, si las hubiere, la Presidencia podrá fijar el número y duración de las intervenciones. Las deliberaciones se cerrarán con la aprobación del proyecto de Conclusiones que hayan de elevarse al Pleno.

Cada Sección designará una Comisión que defenderá ante el Pleno el proyecto de Conclusiones aprobadas.

ARTÍCULO 23.– Enmiendas a las Conclusiones.

Podrán ser reproducidas en el Pleno en forma de enmiendas a las Conclusiones, las opiniones sostenidas en la Sección que, aunque hubieren sido rechazadas, obtuvieren, cuando menos, un veinte por ciento de votos favorables del total de los emitidos, y siempre que sus mantenedores se reservasen expresamente este derecho. Así se hará constar en el acta de la Sesión y será comunicado a la Mesa del Pleno del Congreso.

Si el dictamen de la Ponencia no fuere aprobado por la Sección, por haber obtenido mayoría una enmienda a la totalidad o en parte, podrá ser reproducido en el Pleno, como una enmienda al todo o a la parte rechazada, si alcanzare el indicado veinte por ciento de votos favorables.

TÍTULO VI

Sesiones Plenarias

ARTÍCULO 24.– Composición.

Se celebrarán tantas sesiones plenarias como sean precisas, bajo la Presidencia de la Mesa del Congreso y a juicio de ésta, a las que podrán concurrir todos los Congresistas y Asistentes con los derechos que respectivamente les vienen

reconocidos en este Reglamento. Estas sesiones serán convocadas expresamente durante el desarrollo del Congreso.

ARTÍCULO 25.– Forma de deliberar.

Las sesiones comenzarán el día, hora y lugar fijados en la convocatoria. Previa lectura, por el Presidente de la Sección correspondiente, de las Conclusiones de la Ponencia y de las enmiendas que hayan sido elevadas en forma al Pleno, se discutirán éstas en primer lugar, dando preferencia a las que, a juicio de la Mesa del Pleno, difieran más de las Conclusiones. Si son rechazadas las enmiendas se discutirán a continuación las Conclusiones. En el caso de ser aprobada alguna enmienda, no se discutirá la Conclusión que la contradiga, salvo que la Comisión de la Sección acordase mantenerla.

ARTÍCULO 26.– Defensa de las Conclusiones.

En las sesiones del Pleno defenderán las Conclusiones de cada una de las Secciones la Comisión nombrada por éstas al respecto. La Comisión manifestará antes de iniciarse la discusión, si acepta alguna de las enmiendas, en cuyo caso no serán discutidas y quedarán incorporadas a las Conclusiones.

ARTÍCULO 27.– Discusión.

Para la discusión de las Conclusiones y enmiendas se concederán por la Mesa del Pleno los tumos a favor y en contra que crea oportuno, no debiendo exceder cada uno de diez minutos, si bien el Presidente podrá otorgar una prórroga por el tiempo que estime oportuno fijar, si la importancia del tema lo exigiere. La exposición y defensa de las Conclusiones por las Comisiones respectivas no consume turno.

TÍTULO VII

Disposiciones Comunes a las Secciones y al Pleno

ARTÍCULO 28.– Facultades de la Presidencia.

El Presidente de las reuniones fijará el orden del día, dirigirá los debates y resolverá los incidentes que surjan. Podrá retirar la palabra a los que perturben las deliberaciones e incluso suspender la reunión en caso necesario.

ARTÍCULO 29.– Secretaría.

Cada Sesión tendrá uno o más Secretarios encargados de redactar las actas y dar lectura pública, salvo en los casos a que se refiere el artículo 28, a los dictámenes, conclusiones, enmiendas, acuerdos, comunicaciones y proposiciones que se dirijan al Congreso o a las Secciones; realizar el escrutinio de las votaciones y cumplir las restantes funciones propias del cargo.

ARTÍCULO 30.– Votaciones.

Cada Congresista presente tendrá un voto, tanto en las Secciones como en el Pleno. Quedarán aprobadas las propuestas que reúnan la mayoría absoluta de votos presentes.

Las votaciones podrán hacerse por alguno de estos procedimientos:

a) Por asentimiento a la propuesta presidencial, si los presentes no manifiestan ningún parecer en contra.

b) Por votación ordinaria consistente en levantar la mano, en primer lugar, los que aprueben la propuesta y a continuación los que no la acepten. Igualmente se contabilizarán las abstenciones. La Comisión Organizadora podrá proveer de cartulinas oficiales para la votación de la Sesión y en el Pleno.

ARTÍCULO 31.– Actas.

Se levantará acta de todas y cada una de las sesiones celebradas. El Secretario General autorizará las del Pleno y las de las Secciones lo serán por sus respectivos Secretarios en funciones. Tendrá también a su cuidado el Secretario General la custodia de las actas autorizadas por los Secretarios, así como de toda la documentación del Congreso.

TÍTULO VIII

Apertura y clausura del Congreso

ARTÍCULO 32.– Sesión de Clausura.

Acabadas las sesiones plenarias se celebrará solemnemente la clausura del Congreso. Se procurará que asistan representantes de otros territorios de Derecho Especial. La Presidencia pronunciará el discurso de clausura sobre las tareas del Congreso y las conclusiones adoptadas, y seguidamente declarará clausurado el III Congreso de Derecho Gallego.

ARTÍCULOS ADICIONALES

I.– Lengua del Congreso.

Serán lenguas del Congreso la castellana y la gallega.

II.– Interpretación del Reglamento.

Las dudas que puedan surgir para la aplicación del presente Reglamento, así como lo no previsto en él, en todos, sus aspectos, se resolverán por la Mesa del Congreso. Ésta tendrá igualmente facultades para disponer la sustitución de las personas que integran las distintas ponencias, y, en su caso, adscribirlas a otras.

III.– Publicaciones del Congreso.

La Comisión Organizadora se constituirá, después de la sesión de clausura, en comisión encargada de la publicación de las Conclusiones y acuerdos del Congreso.

IV.– Ejecución de las Conclusiones del Congreso.

La Mesa del Congreso realizará las gestiones que crea conveniente a fin de que se estimen y sean ejecutivas las Conclusiones del Congreso.

V.– Rendición de cuentas.

Finalizado el Congreso, el Comité de Finanzas dará cuenta a la Cmisión Organizadora de los resultados económicos de la celebración.

SESIÓN INAUGURAL

A las 13 horas del día 27 de noviembre, después de la entrega de credenciales y documentación a los asistentes, en la Sala de Cámara del Palacio de Congresos de La Coruña con asistencia de relevantes autoridades locales y de la Comunidad Autónoma, dio comienzo la sesión inaugural con la apertura del acto por el Presidente del Congreso Excmo. Sr. Don José Antonio García Caridad, el cual concedió la palabra a Don Jesús Varela Fraga, Secretario General del Congreso, quien leyó la convocatoria y acuerdo de celebración del mismo, que dice así:

A Academia Galega de Xurisprudencia e Lexislación e os Colexios de Avogados de A Coruña, Lugo, Ourense, Pontevedra, Vigo, Santiago e Ferrol, co Excmo. Sr. Presidente do Tribunal Superior de Xusticia de Galicia e o Excmo. e Magnífico Rector da Universidade da Coruña, acordaron a celebración do III Congreso de Dereito Galego, habendo aceptado a Presidencia de Honra do mesmo o Excmo. Sr. Don Manuel Fraga Iribarne, Presidente da Xunta de Galicia, e desinaron Presidente do Congreso ó Excmo. Sr. Don José Antonio García Caridad, Presidente da Academia Galega de Xurisprudencia e Lexislación; Presidente da Comisión Organizadora ó Excmo. Sr. Don César Torres Díaz, Decano do Ilustre Colexio Provincial de Avogados de A Coruña e Presidente da Comisión Científica ó Excmo. Sr. Don José Antonio López Graña, Decano do Ilustre Colexio Provincial de Avogados de Lugo, sinalando para a celebración do Congreso os dias 27, 28 e 29 de novembro do ano 2.002 na cidade de A Coruña.

Finalizada la anterior intervención, toma de nuevo la palabra el Presidente del Congreso dando la bienvenida a todos los congresistas en los siguientes términos:

Hoxe é un día importante para o Dereito galego.

É o día de inauguración do seu Congreso, por iso, a voz cantante deben tela os congresistas e nos, os que iniciamos o impulso congresual e organizado o evento, e máxime eu, que son o seu Presidente, debemos limitarnos a face–la súa presentación, absténdonos no noso discurso de facer referencia ó que é feudo das cuestións controvertidas nel polos diferentes relatorios, como libre foi a elaboración destes polos integrantes das Seccións.

Pero, por cortesía, é obrigado que deba dicir unhas palabras que xustifiquen a miña primeira afirmación de que hoxe é un día importante para o noso Dereito, cando estamos celebrando non o primeiro, senón o terceiro congreso.

Creo que a importancia radica en que é o primeiro congreso que no vai ser reivindicativo da existencia dun Dereito propio e promulgado con rango de lei polo noso órgano lexislativo, como ocorreu cos dous anteriores, xa que, afortunadamente, ese obxectivo xa o temos acadado, cando o Parlamento galego elaborou a vixente Lei de Dereito Civil de Galicia, que é a que vai ser obxecto das vosas reflexións. Pero é que aínda hai outra circunstancia que, para mín, aumenta a importancia e é que aquí coinciden unha nutrida pléiade de xuristas moi novos, pero que xa acreditaron a súa valía, que están dispostos a toma–lo relevo dos poucos que quedamos daquelas xeracións ás que lle tocou loitar pola defensa, estudio e aplicación do Dereito galego en tempos difíciles, cando non de rexeitamento, por

crer que, con iso, contribuïamos a construír ou reconstruír, a que VICENTE RISCO cualificaba como un dos elementos integrantes da personalidade do pobo galego, xunto coa lingua e a cultura, para constituír unha nacionalidade histórica, dentro da nación española. Folga dicir que o Dereito é o cumio da cultura dun pobo.

Hoxe temos recoñecido, ó máximo nivel, que posuímos un Dereito propio, non un simple catálogo de costumes, que é bo coñecer. Un Dereito constitutivo dun sistema ou estructura, con fontes e principios propios, e con capacidade de autorregulación para subsistir a través dos tempos cambiantes; pero non sempre foi así. Por iso quizais sexa conveniente que, neste momento, eu expoña, segundo o meu criterio, de onde vimos e cara a onde vamos, coa capacidade de autorregulación que nos outorga a Constitución no complexo xogo das competencias, cando ese texto básico demanda para o Estado a competencia exclusiva sobre a lexislación civil e soamente deixa ás Comunidades Autónomas, fóra das nosas peculiares fontes e como verdadeira excepción, a conservación, isto é, o mantemento do noso anterior Dereito Civil, a súa modificación e desenvolvemento.

¿Como naceu e foi, ou é, o noso Dereito? É común opinión reiteradisimamente exposta que, ante a carencia de Galicia de órganos con potestade lexislativa, as relacións xurídicas que polas súas especiais circunstancias non resultaban debidamente reguladas pola vella lexislación visigótica, o foran, creando o pobo directamente a norma consuetudinaria. Como escribiu D. JOSÉ REINO CAAMAÑO no informe que a Comisión Provincial redactou para o Proyecto de Apéndice al Código Civil que levara a cabo o Decano do Colexio Notarial da Coruña, D. JOSÉ PÉREZ PORTO, de data 2 de outubro de 1916, cando a coroa de D. RODRIGO foi sepultada na canle do Guadalete, púxose en estrañas mans o dominio do solo español e ó recuperarse o solo perdido, puxo o sempiterno dereito de conquista en mans dos caudillos, con facultades para repartilo entre os seus achegados, como despois recoñeceu a lexislación de Partidas, ó recordar que ese Dereito, tamén chamado de "presura": "fue puesto entre aquellos que usaban de las guerras e eran sabidores dellas, en qual manera se partiesen todas que hi ganaren, segun los homes fuesen é fechos que ficieren". Este novo título de adquisición de dominio creou as circunstancias que fixeron nacer, por vía consuetudinaria, as novas relacións sociais entre os que adquirían e os que quedaban na marxe, pois vivían nesas terras. Isto explica que os propios reis de Castela e León respectaran ese novo dereito.

A Crónica Compostelá,por poñer soamente un exemplo, que se repite nas Cartas de concesión de Foro polos reis, dá idea do imperio dos costumes ó dicir "que os xuíces do lugar santo xuren sobre o altar que gardarán a xustiza e observarán os costumes da cidade". E no Foro de Padrón o rei FERNANDO II (ano 1164) exprésase así: "confirmamos para sempre a vós e ós vosos sucesores tódolos bos costumes que os fosen outorgados polos meus pais e avós e se algunha cousa foi introducida contra os ditos bos costumes, de raíz as extirpamos e abolimos". E o rei ALFONSO X, ante a querela dos veciños de Santiago de que os xuíces eclesiásticos non quixeren xulgar segundo usos e costumes da Vila, senón polas súas leis romanas, decretou: "a isto teño eu por dereito que xulguen polos usos e polos costumes que usaron e tiveron".

Este Dereito puramente consuetudinario era aplicado, primordialmente, polos xuíces leigos nomeados polos señores xurisdiccionais para os seus señoríos

territoriais, xa que a materia sobre a que versaba a súa xurisdicción civil era a máis directamente relacionada con esas normas. E esta fundamentación xurídica normalmente non era contradita, cando coñecía a Audiencia por vía de apelación. HERBELLA DE PUGA na súa obra "Doctrina de los Autores y Estilos y Prácticas de la Real Audiencia de Galicia" afirma que as leis reais cedían ante os usos e costumes dos galegos, sen que obstaren a iso as leis de Partidas que mandan se falle segundo Lei, aínda que contra ela se alegue costume, porque observándose desde o seu establecemento, non se pode abolir por moderno contrario uso, pero sempre que non se acepte, o que se tomaba por uso oposto desde o seu principio, non ten forza de lei.

Anque, indubidablemente non fose Dereito consuetudinario, o chamado "auto galego", si evidencia a peculiaridade da nosa Audiencia, cando ela soa crea, a modo de costume, ese auto, que os reis aceptan de forma sucesiva, sendo o último que o fai CARLOS IV en 1806, en que por Cédula manda seguir aplicando a toda clase de xuízos e persoas, dicindo "que fue adoptado de inmemorial (¿anterior a ella?) y autorizado por mis Augustos Predecesores, ha producido en todos tiempos los mejores efectos, manteniendo la tranquilidad de aquel Reyno. Pero la Audiencia, en diversas épocas ha tenido que hacer repetidos recursos para conservar e defender dicha regalía, por haber intentado privarla de ella algunos Tribunales e Juntas de estos mis Reynos". O tan referido auto galego era un remedio xudicial de recuperación posesoria, usado moitas veces polos labregos galegos, para defenderse dos espolios que facía a nobreza e outros dos bens aforados.

Momento crucial para o Dereito de Galicia foi cando España, a impulso do movemento codificador, imperante na Europa do século XIX, primeiro a constitución de Cádiz no artigo 259 e despois nas de 1869, artigo 9, e 1876 no artigo 75, declaran que uns mesmos Códigos rexerán en toda a Monarquía e que un só foro rexerá para tódolos españois nos xuízos civís e criminais. Iníciase o proceso codificador, longo e proceloso.

Neses momentos aínda prevalecía con forza o mito positivista de que só a Lei formal era Dereito,aínda cando xa tomaba forza a escola histórica do Dereito.

Por iso, o Proxecto de Código Civil de 1851 trata de unificar todo o Dereito español, tomando só algunhas disposicións do Dereito Foral, pero este criterio centralista non pode prevalecer, por ignorarse a realidade e pola forte oposición das chamadas Rexións de Dereito Foral, polo que se pensou na necesidade de oír ós representantes destas rexións nunha Comisión de Códigos. Pronto xurdiron voces que afirmaban que as vellas institucións xurídicas galegas, por ser simplemente consuetudinarias, non merecían a cualificación dun auténtico Dereito, e por iso non debía comparecer Galicia na Comisión de Códigos organizada en 1856. menos mal que voces tan autorizadas como a de SAVIGNY, xa dicían que o costume é "a encarnación da forza do Dereito" e PUCHTA que "é un espello onde o pobo que a crea, se recoñece".

Pero, sobre todo, no práctico, non quedamos desenganchados do tren da evolución, gracias a que naquel entón o Ministro de Xustiza D. SATURNINO ÁLVAREZ BUGALLAL, galego de pura cepa, un home modesto e de bo senso, segundo SILVELA, comungaba con estes pensamentos e no Preámbulo do seu Real Decreto do 2 de febreiro de 1880, no que cos demais representantes das rexións forais vai o de Galicia, deixou sentado que "cuanto hay de respetable y digno de consideración en

las instituciones antiguas, ya generales, ya locales, que no son otra cosa sino costumbres y tradiciones convertidas en leyes, sobre las que no puede pasarse, caprichosa y arbitrariamente, la segur niveladora de una igualdad quimérica". A idea estaba xa recibida polo lexislador e, por iso, na exposición de motivos da Lei de Bases do Código Civil, mándase a aqueles representantes de rexións forais que nas Memorias que eleven á Comisión de Códigos, "consignen y razonen su opinión acerca de los principios e instituciones de Derecho Foral, que por tener un sobrante apoyo en sentimientos profundamente arraigados y tradiciones dignas de respeto o afecten de un modo grave a la constitución de la familia o de la propiedad deben incluirse en el Código Civil, como excepción respecto a cada cual de dichas provincias de las disposiciones generales sobre las mismas materias".

Gracias a isto, o 31 de decembro de 1880 o Letrado D. RAFAEL LÓPEZ LAGO, ex Decano do Colexio de Avogados da Coruña, presentou a Memoria que elevaba á Comisión, aínda que limitando como institucións que debían subsistir, o foro e a compañía familiar galega, por entender, segundo el, que nas demais materias rexía o Código Civil.

Hai que chegar ó ano 1915, para que D. JOSÉ PÉREZ PORTO, Decano do Colexio Notarial de Galicia elabore o seu Proyecto de Apéndice de Derecho Foral de Galicia al Código Civil, ampliando o contido do anterior, ó dereito de labrar e posuír e ás parcerías rurais.

Pero o vento en Madrid cambiara e non se chegou a publicarse ningún dos Apéndices; mais xa se consolidara a opinión recollida por D. MANUEL LEZÓN no seu libro "Derecho consuetudinario de Galicia" de que "de todas las fuentes jurídicas, la costumbre es la que en el orden cronológico y sufriendo la Ley de evolución progresiva, que preside los organismos sociológicos y la biología del Derecho, se ofrece como el primer síntoma o manifestación de la actividad jurídica".

A historia continúa e son fitos transcendentes (teño que abreviar) o Congreso de Dereito Foral de Zaragoza de 1946, no que se opta por un Código Civil Xeral, Compilacións separadas para os dereitos forais, e por fin, a Lei 147/1963, do 2 de decembro, que aproba a Compilación de Galicia, case co mesmo contido que tiña o Proxecto de Apéndice de 1915. Os redactores desta Compilación, conscientes de que quedaba moito Dereito galego extra muros da compilación de costumes, que eles facían, tratarán de impedi–lo bloqueo que para o noso Dereito supoñía a disposición final 1.ª da Compilación, cando dicía "las normas del Derecho especial de Galicia, escrito o consuetudinario, vigentes a la promulgación de esta Compilación, quedan sustituidas por las contenidas en ella", polo que, como tamén fixeran os xuristas doutras rexións para protexe–lo seu Dereito ante igual disposición final, nunha disposición adicional se coidaron de dicir, que a Comisión Compiladora cada dez anos formularía unha Memoria, non só comprensiva das dificultades apreciadas na súa aplicación, senón tamén das OMISIÓNS e deficiencias observadas, para elabora–lo oportuno proxecto de reforma.

Iso chámase sabedoría para, rematado contra corrente, saber subsistir e foi precisamente esta previsión a que fixo posible que nos dous anteriores Congresos de Dereito Galego se puidese ampliar de forma considerable o catálogo de institucións a recoller nun futuro texto, e que o noso Parlamento na vixente Lei o puidese regular.

Esta longa reflexión lévame a dúas conclusións: primeira, que o noso

Dereito, naceu consuetudinario, creceu consuetudinario e segue sendo consuetudinario, aínda que agora xa coa facultade engadida para o lexislador galego, de conservar, modificar e desenvolver, non só o dereito consuetudinario xa elevado a rango de norma escrita nas leis do Dereito civil galego, senón tamén para facelo sobre o que aínda existindo, non conseguiu tal recoñecemento oficial, e, por iso, aínda segue sendo pura norma consuetudinaria.

E segunda, que de toda esa facultade ou competencia, asignada ó noso Parlamento ó abeiro do artigo 149.1.8.ª da Constitución Española, a máis transcendente é a de desenvolvemento, que o Tribunal Constitucional na súa sentencia do 12 de marzo de 1993, se coida moito de matizar dicindo, e cito literalmente, que "la Constitución permite, así, que los Derechos civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto no ya de 'conservación' y 'modificación', sino también de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico" e recoñece, de este modo, non só a historicidade e a actual vixencia, senón tamén a súa vitalidade cara o futuro, de tódolos ordenamentos preconstitucionais, engadindo que "ese crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la Constitución no en atención, como vimos, a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos de las Comunidades Autónomas, en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, determinados Derechos civiles forales o especiales vigentes en ciertos territorios".

"Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral. Lo que no significa una competencia legislativa civil ilimitada 'ratione materiae' dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas".

¿Que significa esta situación actual? Pois que a Constitución Española de 1978, ó recoñece–lo dereito á autonomía de nacionalidades e rexións e, conseguintemente, ás comunidades autónomas como elementos da organización territorial do Estado, adoptou con respecto ó noso Dereito Civil unha figura equivalente á do Estado composto que configura. Por iso, o noso Dereito Foral forma parte esencial da identidade da Comunidade Autónoma e por iso, tamén, constitúe un ordenamento xurídico que é considerado como elemento esencial da identidade plural do Estado.

Outra consecuencia é que sen necesidade de ter que tomar partido por unha das posturas que se manexan e enfrontan en torno ó tema da amplitude de competencias que en Dereito civil teñen atribuídas as comunidades autónomas, conforme co artigo 149.1.8.ª da nosa Constitución Española, a nosa Comunidade, por ter un Dereito consuetudinario, presenta a posibilidade de que se sigan recoñecendo normas xurídicas xa existentes, pero non recollidas aínda como lei polo Parlamento, e mesmo que se sigan producindo novos costumes, que non por iso van desmerecer dos xa recollidos en textos lexislativos, pois, gústame recalcar, que esa orixe non os fai desmerecer dos outros, xa que o costume xurídico, primeira fonte do Dereito no curso da Historia da Humanidade, segue a se–la encarnación da forza creadora máis espontánea e fresca e sempre terá unha raíz e unha inmediata

fundamentación sen intermediarios, na conciencia nacional, por reflectirse nos actos constitutivos do costume xurídico o sentir do pobo que a crea, a súa idiosincrasia e, a súa moral, per se, en última instancia, a exteriorización da ética dos pobos.

O tema é de máxima transcendencia, sobre todo, cando en Europa se abandonou o principio da exclusiva orixe das normas xurídicas por vía de lei formal, para admitir que, en forma paralela ás normas producidas polos órganos políticos–lexislativos, a sociedade pode crear tamén normas por vía consuetudinaria, coma un feito social.

E esta idea é aceptada polo Tribunal Constitucional en sentencia do 16 de novembro de 1992, cando resolve o recurso presentado contra a Lei de Galicia 2/1986, que dispuxo a prórroga de determinados arrendamentos históricos, declarando que aínda que os arrendamentos rústicos non estaban recollidos na entón vixente compilación como xa fixera na sentencia 121/1992, a competencia autonómica para a "conservación, modificación e desenvolvemento" do propio Dereito civil, pode dar lugar a unha recepción e formalización lexislativa de costumes e usos efectivamente vixentes no respectivo territorio autónomo, eventualidade esta última que resulta aínda máis clara visto o enunciado do artigo 27.4 do Estatuto de Autonomía de Galicia, pois na idea de "institución" xurídica, presente en tal precepto, se integran ou poden integrar, con naturalidade, posibles normas consuetudinarias, engadindo algo que para este Congreso é interesante, e é que para afirmar que unha clase de arrendamentos constitúe Dereito propio de Galicia, cabe sinalar, para os efectos que aquí importan, que a doutrina científica xeralmente lles atribúe la calidade de Dereito civil propio ou especial e os considera institución dotada de identidade diferenciada. Polo que nin as prórrogas que lles poida da–lo Estado, impiden que, na esfera da súa competencia territorial, a Comunidade Autónoma galega poida someter a regulación os arrendamentos, na medida en que estiveran suxeitos a usos e costumes propios.

E velaí, señores, como os que éramos, segundo algúns, máis pobres, hoxe sómo–los máis ricos en competencia sobre o noso Dereito. Os xuristas cataláns, sempre pragmáticos, por boca de JOSEP JOAN PINTÓ, ex Decano de Avogados de Barcelona, teñen dito que o Dereito Foral catalán se salvou de ser un fósil carente de vida, por ser predominantemente un Dereito consuetudinario.

Unha última reflexión, que, como as anteriores, só quero poñer como telón de fondo, e é que estes Dereitos peculiares dun pobo, cando concorren con outro Dereito emanado de instancias superiores, non está en condicións normais de subsistir, se non conta cunha organización xudicial sensible a el, coñecedora del e cunha decidida vocación de garanti–la súa salvagarda e aplicación.

Permitídeme esta expansión: larga vida do Dereito galego.

Queda aberto o III Congreso do Dereito Galego.

Finalizado su discurso, se levantó la sesión, continuando por la tarde las sesiones de trabajo programadas.

RECEPCION MUNICIPAL

A las 20 horas del día 28 de noviembre, los congresistas fueron recibidos con toda solemnidad por el Alcalde de La Coruña en el Salón de Sesiones del Palacio municipal.

El Presidente del Congreso Sr. García Caridad, pronunció un breve discurso, para dar las gracias al Ayuntamiento por esa recepción, poniendo de manifiesto que La Coruña, como fruto de su espíritu liberal e ilustrado, siempre tuvo una amplia tradición jurídica, propiciada por el asentamiento en ella, desde hace 500 años, de la Real Audiencia de Galicia, que, además de ser el órgano de gobierno del Reino de Galicia, era el Tribunal de Justicia Real del mismo, en cuyo cometido llegó a alcanzar tal prestigio entre los gallegos, que lo denominaron "a fonte limpa", frente a la arcaica y poco fiable justicia señorial, que atomizaba Galicia en infinidad de jurisdicciones señoriales, en las que los jueces eran nombrados por los señores jurisdiccionales, mas que para impartir justicia, para el mejor mantenimiento de sus intereses.

El Alcalde, don Francisco José Vázquez Vázquez, contestó manifestando el agrado de la Ciudad en acoger el III Congreso de Derecho Civil de Galicia, al igual que ya había hecho con los dos anteriores Congresos, fundando ese sentimiento en que La Coruña, al ser la sede de la Audiencia Territorial de Galicia, llegó a tener y tiene, una alta tradición y respeto por lo jurídico.

A continuación se sirvió una copa de vino español, en cuyo acto confraternizaron los congresistas con los miembros de la Corporación Municipal asistentes.

SECCIONES

DEL

CONGRESO

SECCIÓN PRIMERA

«RAMÓN CARBALLAL PERNAS»

PRINCIPIOS, FUENTES Y RECURSO DE CASACIÓN

SUMARIO:

I.– PONENCIA: Proposta de reforma da Lei 11/1993, de 15 de xullo, reguladora do recurso de casación en materia de Dereito civil especial de Galicia, que pasaría a denominarse «Lei do recurso de casación en materia de Dereito civil de Galicia».– Proposta de reforma do título preliminar da Lei de Dereito civil de Galicia.

II.– COMUNICACIONES:
- "La costumbre es la verdad", por D. CELESTINO PARDO CASTIÑEIRA.
- "Usos y costumbres propios del Derecho civil de Galicia en las decisiones judiciales", por D. JOSÉ SEOANE IGLESIAS.

III.– ACTAS DE LAS SESIONES Y CONCLUSIONES

I
PONENCIA

RELATORES:

SANTIAGO NOGUEIRA ROMERO
CELESTINO PARDO CASTIÑEIRA
JOSÉ MARÍA PENA LÓPEZ
LUIS RODRÍGUEZ ENNES
PABLO SANDE GARCÍA
JOSÉ SEOANE IGLESIAS

PROPOSTA DE REFORMA DA LEI 11/1993, DE 15 DE XULLO, REGULADORA DO RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA DE DEREITO CIVIL ESPECIAL DE GALICIA, QUE PASARÍA A DENOMINARSE «LEI DO RECURSO DE CASACIÓN EN MATERIA DE DEREITO CIVIL DE GALICIA»

Artigo 1

Son susceptibles de recurso de casación ante a Sala do Civil e Penal do Tribunal Superior de Galicia as sentencias dictadas en segunda instancia polas Audiencias Provinciais de Galicia, calquera que sexa a contía e o asunto litixioso, pero sempre e cando o recurso se funde en algún dos motivos sinalados no artigo seguinte.

Artigo 2

1. O recurso de casación fundarase necesariamente en algún ou algúns dos seguintes motivos:

1.º Infracción das normas do ordenamento xurídico civil de Galicia aplicables para resolveren as cuestións obxecto do proceso.

2.º Infracción da doutrina xurisprudencial establecida polo Tribunal Superior de Xustiza ou, no seu caso, polo Tribunal Supremo, relativa ó Dereito civil de Galicia e aplicable para resolve–las cuestións obxecto do proceso.

2. O coñecemento do recurso de casación corresponde igualmente ó Tribunal Superior de Xustiza cando, ademais de fundarse en algún dos motivos sinalados no número anterior, se funde na infracción de normas ou xurisprudencia do Dereito civil común aplicables para resolve–las cuestións obxecto do proceso.

Artigo 3

Suposto que a competencia para coñecer do recurso de casación corresponda

ó Tribunal Superior de Xustiza, en virtude do establecido nos artigos anteriores, a resolución recorrida poderá tamén impugnarse polos motivos e na forma prevista no artigo 469 da Lei de Axuizamento Civil respecto do recurso extraordinario por infracción procesual.

Artigo 4

As costas procesuais do recurso serán impostas polo Tribunal á parte recorrente que interpoña o recurso con temeridade ou mala fe, e vexa rexeitadas tódalas súas pretensións, razoándoo expresamente na sentencia que se dicte.

Disposición Adicional

En todo o non previsto nesta Lei, e mentres non se opoñan á mesma, rexerán as normas sobre os recursos de casación e de infracción procesual contidas na Lei 1/2000, de 7 de xaneiro, de Axuizamento Civil.

Disposición Transitoria

Serán recorribles en casación, con arranxo ó disposto na presente Lei, as sentencias dictadas en segunda instancia polas Audiencias Provinciais de Galicia despois da súa entrada en vigor.

Disposición Derradeira

Esta Lei entrará en vigor ó mes da súa publicación no Diario Oficial de Galicia.

PROPOSTA DE REFORMA DO TÍTULO PRELIMINAR DA LEI DE DEREITO CIVIL DE GALICIA

I. Supresión do artigo 5.º e reordenación de contidos:

Esta proposta supón, dun lado, a supresión do contido do actual artigo 5.º, por ser materia, a regulada por este, de competencia exclusiva do Estado, e, ademais, polo tanto, inútil, ó ser redundante con relación ás prescricións contidas no Código civil; de outro, a reordenación dos contidos dos artigos 3.º, 4.º e 5.º, pasando o do actual artigo 2.2 (que se contempla, asistematicamente, conxuntamente co referido á proba do costume) a integra–lo contido do proposto como artigo 3.º, que trataría exclusivamente da interpretación do Dereito galego, desglosándoa dos procedementos de integración que, como o Código civil, formarían o contido dun artigo aparte, que sería o proposto como artigo 4.º, e pasando a ocuparse o artigo 5.º do ámbito do Dereito galego.

De forma que os contidos dos artigos quedarían incluídos así, na proposta de reordenación:

Art. 1.º Determinación das fontes do Dereito galego.
Art. 2.º Proba dos costumes galegos.
Art. 3.º Interpretación do Dereito civil galego.
Art. 4.º Integración do Dereito civil galego.
Art. 5.º Ámbito do Dereito civil galego.

II. Redacción dos novos artigos:

Art. 1.º– Determinación das fontes do Dereito civil de Galicia:

As fontes do Dereito civil de Galicia son: o Estatuto de Galicia; os costumes e os usos propios de Galicia, cando uns e outros non sexan contrarios ás Leis de natureza imperativa e os usos gocen de forza normativa; esta Lei, como Dereito civil común por razón da materia, e as demais Leis de Dereito civil de Galicia; os principios informadores do Dereito civil de Galicia, xa emanen estes das súas concretas normas, da súa tradición ou das convicciónns xurídicas básicas do pobo galego.

Art. 2.º– Proba do costume

1. Os órganos xurisdiccionais poden practicar, en calquera caso, tamén de oficio, a proba da existencia e contido dos usos e costumes referidos no artigo anterior.

2. Os usos e costumes notorios non requirirán proba. Son notorios, ademais dos usos compilados, os aplicados polo Tribunal Supremo, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, pola antiga Audiencia Territorial, ou calesquera outros dos que exista constancia obxectiva do seu coñecemento xeneralizado.

Art. 3.º– Interpretación do Dereito civil galego

O Dereito civil galego interpretarase desde os principios xerais que o informan e os seus costumes e usos con forza normativa. Debendo ponderarse especialmente a doutrina reiteradamente establecida, polos Tribunais referidos no artigo anterior, ó aplicar o Dereito civil de Galicia, e a doutrina que encarne a tradición xurídica galega.

Art. 4.º– Integración do Dereito civil galego

Faltando dentro do Dereito civil galego normas aplicables directa ou analoxicamente, procederase á súa heterointegración coas normas constitutivas do Dereito territorial común de España, sempre que non se opoñan ós principios informadores do Dereito civil de Galicia, e non se poda deducir destes unha solución para o suposto de que se trate.

Art. 5.º–Ámbito

1. Material. O Dereito civil de Galicia está integrado por tódalas súas institucións, xa estean ínsitas en calquera das súas normas ou conexas con aquelas.

2. Territorial. O Dereito civil de Galicia aplicarase a tódalas relacións xurídicas que constitúan o obxecto da súa regulación, cando a vinculación territorial dos respectivos puntos de conexión, indicados polas normas destinadas a resolve–los

conflictos de Leis no espacio, o sexa co territorio da Comunidade Autónoma galega.

III. Motivación das reformas introducidas nos diferentes artigos:

1. Artigo 1.º:

a) Introducción da calificación como fontes do Dereito das normas enumeradas neste artigo.

Aínda que teoricamente nada cambia pola introducción deste calificativo, o emprego do termo, que, ademais, é o clásico nesta materia, evidencia a natureza de auténtico sistema que o Dereito civil propio de Galicia encerra; que, como tal, non é algo estático, senón en continuo devecer fluíndo das súas fontes.

b) Introducción do Estatuto de Galicia como fonte aparte das demais Leis galegas.

O Estatuto, por constituí–lo fundamento, vértice e a garantía da existencia do Dereito galego, o é tamén do Dereito civil de Galicia, en canto que norma primaria, superior e garante de Dereito autonómico galego.

Por estas razóns, o Estatuto merece unha mención aparte das demais Leis; sobre todo se se ten en conta que so moi forzadamente podería incluírse entre as Leis que "conserven" o Dereito civil de Galicia. Forzadamente porque a "norma institucional básica" (*ex* art. 1.1 do Estatuto) da Comunidade Autónoma de Galicia non merece ser mencionada detrás da Lei de Dereito civil de Galicia, entre o resto das Leis galegas, aínda que aquela constitúa o Dereito civil común material de Galicia; e, forzadamente tamén, porque, se ben, o Estatuto constitúe a máxima garantía de conservación do Dereito civil de Galicia, no sentido de garanti–la non sustracción deste á nosa Comunidade Autónoma, este sentido non é o que se lle atribúe normalmente á palabra conservar.

c) Introducción, no artigo destinado á determinación das fontes, da subordinación dos costumes ás Leis imperativas.

Con esta introducción, trátase de expresar en toda a súa amplitude o que está xa preceptuado, pero irregularmente ubicado desde un punto de vista sistemático, no artigo 3.2 da Lei de Dereito civil de Galicia, ó conterse esta subordinación no artigo destinado a regula–lo sistema de heterointegración do Dereito civil galego.

d) Calificación desta Lei como Dereito común de Galicia *ratione materiae.*

Introdúcese porque lle outorga a esta Lei a transcendencia que lle proporciona a *vis* expansiva supletoria que ten o Dereito común material con relación ás demais Leis específicas *ratione materiae*; que, a cambio, terán a prevalencia que se reflicte no adagio *lex specialis derogat lex generalis*.

e) Calificación dos usos como usos con forza normativa.

Trátase de descartar como fontes do Dereito, dun lado: os usos que, por estar preordenados a esclarecer ou integrar unha declaración de vontade, constitúen un subrogado desta; doutro, os usos sociais utilizados polas normas xurídicas como

simples datos dunha prescrición normativa.

f) Introducción dos principios xerais como fonte.

No artigo 3.º da Lei de Dereito civil de Galicia, ó prescribir *"que o Dereito galego interpretarase e integrarase desde os principios xerais que o informan"*, estanse contemplando os principios xerais non so na súa función informadora e interpretativa senón, tamén, na súa función de autointegración do Dereito civil galego. Aínda que so fose por esta razón, sería indubidable que os principios xerais do Dereito galego son tamén fonte do Dereito civil galego.

Pero é que, ademais, a concorrencia do subordenamento estatal e o subordenamento autonómico, para a regulación das materias a eles suxeitas, cada un no ámbito das súas competencias, vai erixir ós principios na fronteira delimitadora de ambos subordenamentos e, correlativamente, dos dous sistemas de Dereito civil ínsitos nelas. Porque se a competencia do lexislador galego alcanza ata o punto onde existan os seus propios principios, pero non pode ir máis alá, tamén a competencia directa do lexislador estatal termina onde estes empezan; e, porque, se ben, en virtude do artigo 3.1, o subsistema de Dereito civil galego precede á súa heterointegración co sistema de Dereito civil territorial común, isto é así sempre que este Dereito *"non se opoña ós principios do ordenamento xurídico galego"*. Razón pola que, estes principios, actúan tamén como barreira ou filtro para defende–la identidade do Dereito galego fronte ó Dereito estatal xeral, chamado como supletorio, que non concorde cos principios xerais do Dereito galego, e, en particular, cos do seu Dereito civil.

Se isto é así, os principios, como preceptos que informan o Dereito civil galego, procuran a súa completude, sérvenlle de fronteira e tamén de barreira fronte ó Dereito civil territorial común que sexa antitético, deben de figurar, por concitarse neles todos estes importantísimos cometidos, entre as fontes do Dereito civil de Galicia.

g) Especificación dos diversos tipos de principios e xustificación das "conviccióǹs xurídicas básicas do pobo galego" como parte integrante deles.

A especificación é conveniente para a pormenorizada delimitación do ámbito material, que marca o terreo xurídico no que é competente o lexislador galego.

A radicación tamén dos principios nas conviccióǹs populares de carácter xurídico e básico, ó noso xuízo, non supón nada máis que o cumprimento do artigo 1.2 da nosa Constitución, que, cando prescribe que: *"tódolos poderes emanan do pobo"*, fai descansar tódolos poderes neste; e, por conseguinte, o poder de dictar normas tamén, que non é nada máis que unha delegación do pobo ós poderes normativos; o que supón: non so que os titulares destas potestades normativas sexan designados polo pobo, senón, tamén, que o exercicio desas potestades normativas debe de selo da vontade soberana do pobo, á que, como raíz ou orixe que é de todo o ordenamento xurídico estatal, lle corresponde informar ou presidir, en última instancia, tódalas normas que o integran. Polo tanto, cando esa vontade non teña sido totalmente explicitada polos seus intérpretes oficiais, isto é, pola vontade soberana

formal e oficial, encarnada nun Estado de Dereito, pola norma estatal validamente formada, xa sexa porque aquela non teña sido manifestada, xa sexa porque o teña sido en forma escura ou incorrecta, terá que ser concretada partindo das convicción xurídicas básicas, das que aquela vontade, loxicamente debe constituí–la súa encarnación ou plasmación.

Conseguintemente, os principios xerais do Dereito galego tamén estarán radicados nas convicción xurídicas básicas propias ou peculiares do pobo galego porque deste, ó igual que do "pobo español emanan os poderes do Estado", tamén "emanan (...) os poderes da Comunidade Autónoma de Galicia (...)" (*ex* arts. 1.2.º da Constitución e 1.3 do Estatuto de Autonomía de Galicia).

Radicación esta que consideramos necesaria para a vivificación de todo o sistema constituído polo Dereito civil de Galicia. Isto é así, en primeiro lugar, porque ó formar parte da "realidade social" do tempo en que teñen que ser aplicadas as normas (xunto cos demais factores políticos, morais, sociais, económicos, tecnolóxicos, etc. que a compoñen) deben ser tidos en conta, a tenor do artigo 3 do Código civil, se se quere obter un significado da norma que estea en sintonía con aquela realidade social. Desta forma, os principios aparecen como fundamentais para a realización sincrónica do Dereito. Pero, dentro desta función vivificadora do sistema, os principios aínda cumpren outro cometido, o de servir, dado o seu carácter continxente, de raíz ou fundamento para a competencia e correspondente solución lexislativa, con relación ós novos problemas xurídicos peculiares do pobo galego que non encontren resposta nas Leis ou costumes, cando esta veña esixida polas súas convicción xurídicas básicas.

2. Artigo 2.º:

O respecto que os costumes galegos merecen como fonte material ou xerminal do Dereito propio de Galicia orixinario; o que lle incumbe ó Estado, en materia de "determinación de fontes", por prescrición estatutaria (art. 38), con respecto a todas "as normas do Dereito civil galego"; o que esixe o posto que, na xerarquía normativa, veu determinado polo lexislador galego, en consonancia coa súa valoración como "médula espinal" e "base" por parte do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (sentencias de 24 de xullo de 1990 e 20 de marzo de 2000) do Dereito civil galego; e, en fin, o valor institucional outorgado pola doutrina do Tribunal Constitucional, vinculante, por imperativo do artigo 5 da Lei Orgánica do Poder Xudicial, fan que os costumes galegos no podan quedar a mercé do puro principio dispositivo; recollido radicalmente pola nova Lei de axuizamento civil, nos artigos 281 e 282, de acordo co que: a) se un costume non é alegado ou probado pola parte, aínda podendo o órgano xurisdiccional acredita–la súa existencia e contido como aplicables ó punto controvertido, non poderá ser aplicado a este; b) a conformidade das partes acerca da existencia e contido do costume, ó ter eficacia exoneratoria da proba, crea a probabilidade de constituír unha canle propicia para a introducción de costumes inexistentes ou deformados en canto ó seu contido á vontade das partes litigantes.

Por esta razón, e por constituír un imperativo *"das necesarias especialidades que nesta orde* (procesual) *se derivan do Dereito substantivo das Comunidades*

Autónomas" (art. 149.1.6.º CE), debe constituír un dos supostos nos que as Leis poden permitir actuar de oficio ós órganos xurisdiccionais (*ex* art. 282 Lac); como por outra parte, se permite, en España, en Aragón (*ex* art. 2 da Compilación aragonesa) e, fora de España (*v. gr.* no artigo 293 da Lei procesual alemana) para o costume; e, para o Dereito estranxeiro, tanto polo Código civil como pola Lei de axuizamento civil.

Con relación ós costumes e usos notorios, estímase que a enumeración dos usos notorios efectuada pola Lei é a título exemplificativo e que, polo tanto, segundo o significado literal de notoriedade, admítense como tales, utilizando a expresión do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, calesquera outros dos que exista "constancia obxectiva do seu coñecemento xeneralizado" (sentencia de 12 de maio de 2000).

3. Artigo 3.º:

Como adiantaba, este artigo, solventado o expediente de autointegración, a través dos principios, polo artigo proposto como 4, adícase exclusivamente á tarefa interpretativa; na que se deslindan as normas interpretativas vinculantes, os principios e os costumes e usos *secundum legem*, doutros elementos interpretativos que, a pesar de existir ou deber de telos especialmente en conta, carecen de aquel valor vinculante que teñen as normas xurídicas. Porque nin a xurisprudencia nin a doutrina teñen ese valor vinculante nacido da obrigación ou necesidade xurídica de acatalas.

Polo que atinxe á xurisprudencia; desde logo, é claro que unha Lei do Parlamento galego non lle podería outorgar aquel valor equivalente ó de fonte do Dereito, porque así como o poder lexislativo e o executivo están compartidos entre as Comunidades Autónomas e o Estado central, o poder xudicial pertence en exclusiva a este (*ex* art. 9 do Estatuto, *a contrario*).

Por conseguinte, as Leis galegas no teñen competencia para regula–lo funcionamento do poder xudicial, no sentido de poderlle conferir outras funcións que as que se lle atribúen na Constitución e no Estatuto de Autonomía.

Se o Dereito galego non pode erixir á xurisprudencia en fonte do Dereito, ¿pode encontrar apoio esta consideración nalgún outro punto do ordenamento xurídico español?

Ó noso xuízo, a contestación (dende o catálogo de fontes contemplado polo Código civil, o cometido da función xurisdiccional asignado pola Constitución e a Lei Orgánica do Poder Xudicial –arts. 117 CE e 2 e 12, n.º 3 LOPX–, segundo a que non so carece de poder normativo, senón que se lle prohibe o exercicio do seu poder, en perfecta sintonía, por outra parte, co principio da división de poderes; e, a natureza da forza producida pola doutrina xurisprudencial, de inmenso valor no plano práctico, pero carente da eficacia derivada do deber xurídico de acatala) non pode por menos de ser negativa; como parece demostralo: o feito de que un sedicente borrador de proxecto de Lei (de grande actualidade periodística, por certo) pretenda, precisamente, outorgarlle forza vinculante á doutrina sentada polo Tribunal Supremo; ou o dato de que, actualmente, so se recoñece esta eficacia á doutrina do

Tribunal Constitucional e á sentada pola sala do contencioso–administrativo do Tribunal Supremo cando resolve un re curso en interese de Lei.

No que atinxe ó valor sedicentemente fontal da "doutrina que encarna a tradición xurídica galega", á marxe doutro tipo de conside racións, o atribuír á doutrina dos autores, por moi tradicional que sexa, o carácter de fonte do Dereito, sería atribuírlle uns poderes normativos que, como todos, se é que o permitise a Constitución, terían que ser outorgados de modo inequívoco; precisando, ademais, que autores ou que doutrina ou que características terían que revestir para ser fonte, pois doutro modo a súa erección en fonte do Dereito sería absoluta amente inviable.

4. Artigo 4.º:

Trátase de introducir na aplicación das Leis galegas o proce demento analóxico, porque non existe obstáculo ningún para elo; é máis, a súa natureza de Dereito común, entendido agora como Dereito normal, ó non constituír excepción de ningún outro Dereito, debido á estructuración autonómica do Estado español, impón a aplicación analóxica das súas normas. Pero é que, ademais, forzoso é recoñecer que cando se apliquen os principios informadores do Dereito galego a un suposto de feito semellante ó das normas desde as que son aqueles inducidos, estarase aplicando a *analogia iuris*. Polo que se refire á *analogia legis*, ó non se–lo Dereito civil galego, en si, excepcional de ningún outro, como dicía, nada impide aplica–las súas concretas normas por analoxía, por imperativo do propio sistema, en concordancia, por outra parte, co art. 4 do CC. Por outra parte, como o expediente analóxico, en rigor, segundo entende De Castro, é sempre un procedemento indirecto, aínda que aquel sexa o da *analogia iuris*, non exclúe a aplicación directa de tódolos principios antes de acudir ó recurso da heterointegración do Dereito civil galego.

5. Artigo 5.º:

No apartado 1, concernente ó ámbito material, trátase de incorporar a esta, de acordo coa doutrina do Tribunal Constitucional (STC 12–III–1993), tamén as institucións que garden conexión coas que conforman o seu contido nuclear, por se–la regulación destas institucións conexas necesaria para a conservación, modificación ou desenvolvemento axeitado deste.

O apartado 1 introdúcese porque, coa delimitación do ámbito virtual do Dereito civil galego, en canto que fixa o alcance do Dereito civil galego posible, se sinala, tamén, o ámbito de validez do sedicente Dereito civil galego actual. A delimitación interesa a quen ostentan os poderes normativos, na medida que lles sinala as fronteiras das súas potestades en materia de Dereito civil; pero tamén ós órganos encargados da aplicación do Dereito galego, porque en aquelas mesmas fronteiras termina, co Dereito civil galego válido, o deber de aplicalo.

A reforma introducida a través do apartado 2 proponse, porque o artigo 4.º actual (ó non poder pretende–lo absurdo de que as normas constitutivas do Dereito civil galego sexan exclusivamente aplicadas polos correspondentes órganos radicados en Galicia, pois o Dereito civil de Galicia, ó formar parte do ordenamento xurídico español, está vixente en toda España) limítase a reflectir –defectuosamente, polo demais, ó facelo en forma de regra e excepción– respectivamente, a terri-

torialidade e extraterritorialidade, ínsita dos correspondentes estatutos, das normas estatais, reguladoras dos conflictos de normas.

Por esta razón, non pode ter outra transcendencia que a meramente declarativa, como ven a recoñece–lo propio artigo e como o impón ó respecto a Constitución, na que a materia sobre conflicto de normas é de exclusiva competencia do Estado.

Agora ben, o que si pode delimitar o lexislador galego, con eficacia constitutiva (*ex* art. 37 do Estatuto) é o territorio que sirve de necesario ancoraxe a tódolos puntos de conexión utilizados polas normas de conflicto. Por outra parte, aínda que agora, con eficacia meramente declarativa (de acordo co art. 37 citado), tamén pode resultar conveniente –no sentido de advertir sobre unha mutación producida neste ámbito territorial– a referencia ó territorio da Comunidade Autónoma de Galicia; habida conta de que o Dereito civil de Galicia no rexía tan so nela, senón que as disposicións dos títulos I e II da Compilación eran aplicables nas zonas fronteirizas con Asturias, León e Zamora. Utilidade que so se daría, xa, en relación á Comunidade Autónoma asturiana e con respecto á institución da compañía familiar galega. O primeiro, porque esta Comunidade, non así a castelán–leonesa, asume no artigo 1.º do seu Estatuto, con respecto ó seu Dereito consuetudinario, o impulso da súa "conservación e no seu caso compilación"; o segundo, porque unha das dúas institucións aludidas nestes títulos, "cando se acreditase a súa existencia e uso", o foro, quedou derrogada absolutamente no ano 1973. Utilidade que, por outra parte, tan so podería darse no suposto hipotético de que a nosa lexislación puidera regular esta institución, tamén existente en Asturias. Sen embargo, en calquera caso, aínda que se tratase de incorporar, no Estatuto asturiano, o réxime contido na lexislación galega para esta institución, esta recepción no Dereito asturiano sería considerada como unha integración no seu Dereito das nosas prescricións, polo que ese réxime normativo non sería xa propio da nosa Comunidade Autónoma, senón da asturiana, con tódalas consecuencias en orde á atribución da potestade lexislativa, sobre esta materia, á Comunidade Autónoma de Asturias.

II
COMUNICACIONES

LA COSTUMBRE ES LA VERDAD

BALDO al D. 1,3,32; n.32

Celestino Pardo Castiñeira
Abogado
Numerario de la Gallega de Jurisprudencia y Legislación

ÍNDICE: *I. Principio. Principios de Derecho gallego.– II. Espíritu objetivo. Justicia.– III. Eficacia. Validez. Sistema. Lugar y función. Límites. Realismo. Hecho normativo. Tópica.– IV. Edad de oro de los principios. Constitución. Fuentes.– V. Sujeto. Objeto. Patrimonio. La casa. Estado de justicia. Serventía. Augas da pilla pillota. Agros, muiños, fornos.– VI. Eficacia. El caso. Conflicto. Dialéctica. Nomos de la tierra.– VII. Precursores.– VIII. Proposición.*

I

Tengo pensado y llanamente confesado que la tarea es superior a mis fuerzas, porque es irrealizable para uno y todos los hombres juntos.

Principio:

El principio, los principios están más allá de todo lo pasado, de todo el pasado, en lo remoto ignoto, si hablamos de tiempo y origen, en el límite del pensamiento, si hablamos de conocimiento, porque se trata, también, del momento originario del pensar consciente o inconsciente.

Más lejos y más profundamente de las primeras crisis periódicas en que se manifiesta como relaciones humanas, en el vivir los tiempos de los pueblos.

CREONTE y ANTÍGONA personifican una de esas crisis de orígenes, de principios de Derecho, de justicia, del ser de todo y su existir, de su realidad, de su verdad, de su *arete* y aun del creer y querer apasionadamente estas cosas.

Importa poco la insensibilidad de CREONTE. Más radicalmente, enseña GORGIAS: nada es, si lo hubiere, no lo conoceríamos. Si lo conociésemos, no podríamos comunicarlo.

Hoy, hablando de lo que importa, hablando de lo justo, muchos callarían

antes hablar de lo que dicen no conocer; el valor de los valores; puro, y por eso, inefable sentimiento objetivado en el espíritu del pueblo o en tablas broncíneas. (De PIRRON a MONTAIGNE se viene diciendo que nuestras acciones deben guiarse por lo comúnmente aceptado).

Principios de Derecho gallego:

Pero, hablamos de principio o principios del Derecho y más concreta y limitadamente de los del Derecho gallego.

Pasa que hoy, siempre, son momentos críticos –agónicos– cuando de Derecho y justicia tratamos. Más de un siglo a la defensiva y desde el artículo 149.1.8 de la Constitución española, moviendo nuestras vanguardias en todas direcciones sin, antes, saber estar con nosotros.

Estar con nosotros es sabernos menesterosos de conocimiento suficiente de esa realidad que es nuestro Derecho y sus límites y diferencias con el Derecho de todos, el Derecho común. En este trabajo pronto aprendemos que no son muchas las diferencias e, incluso, que las diferencias son, peculiaridades espacio–temporales dictadas por contingencias, idiocias.

Me atrevo a recordar que lo real equivale a racional o, siquiera, que lo particular se entiende en clave de o si se eleva a universal; para afirmar que el comparatismo muestra cada día más claramente, transparentemente, la unidad del Derecho en su racionalidad. Desde aquí, alguno piensa que el Derecho es razón y razón de todas las razones, que se hace tiempo y espacio en la cima de todas las culturas y condiciona la posibilidad de las civilizaciones, como "civilidad".

Si razón, idea "en tren" de realizarse principiada, ordenadamente, pero el tren nos lleva, desestabilizándonos, en pos de la realización: un más menos de realidad que entiende claramente la dialéctica; para ponernos en la pista del no ser, con el peligro de aporías de ZENÓN, y al límite con GORGIAS. Mejor ordenadamente, asegurarse en lo comúnmente aceptado que, si no es el "espíritu del pueblo", es espíritu objetivo, alma y conducta común que, por comúnmente aceptado gana cierta universalidad, tanto en su aspecto lógico –concepto de lo jurídico– como en el deontológico o idea de justicia, como exigía STAMMLER, según DEL VECCHIO.

En esta dirección topamos, especie de instinto común, del que hablaba SAVIGNY y que entiendo como subconsciente colectivo, o voluntad consciente atraída por el fin: motor de evolución y fuerza en la lucha por el deber ético, que pensó IHERING; el problema se muda en el estar, que es un aparecer y si se quiere en el ser del aparecer o, lo que es lo mismo, en el estar espacio–temporal del Derecho. Podemos dar, también con la evidencia que estudia HUSSERL, en *Investigaciones lógicas*, es decir, con arte, o ley regulativa de toda fundamentación de la normatividad de las proposiciones básicas, desde relación o medida normativa primera: idea o fin supremo que indica las notas cuya posesión garantiza la acomodación a dicha medida: arte de pensar situaciones, porque como sabe JASPERS: mi existencia, la existencia real es incomunicable, que sólo es posible estudiar al filósofo una existencia dada y aun esto es demasiado decir, como la filosofía debe guardarse muchos consejos y sugestiones y entrometerse en terreno de la decisión,

que siempre queda libre y extraña.

De bulto y a la mano ese aparecer y su ser están, hoy, en la Ley 4/1995, de 24 de mayo y antes, en la Compilación de 2 de diciembre de 1963 y en la Ley 7/1987, de 10 de noviembre; pero todo hace creer que estas leyes están muy lejos del surgimiento originario y la fuerza en la lucha por el deber ético. El Derecho gallego era antes, mucho antes de estas leyes, tan lejos como el origen del Derecho en este y otros mundos, que en esto no se diferencia nuestro Derecho de ningún otro y hace poco tiempo, desmaterializado, estaba en el "espíritu del pueblo" o, más cerca en el espíritu de cada gallego y en su voluntad o en su sentimiento de inferioridad, en su menesterosidad y desamparo en el conflicto, frente a otro, frente a todos, según tengo oído decir.

Claro es que no parece asequible el espíritu del pueblo ni, siquiera, el del vecino, y (dudo) se haga inmediatamente visible el Derecho gallego a quien quiera que no frecuente el mundo desmaterializado. Así la investigación o búsqueda emprendida debiera darse por terminada, si el Derecho no fuere más que idea, si no fuere expresión de esa idea en la conducta, en la palabra, en la escritura.

II

Espíritu objetivo:

Sabido es que la conducta colectiva en situaciones dadas es cultura, espíritu que se objetiva en utensilio, instrumento, intencionalidad que mira valores y los realiza tendencialmente. Cuando las situaciones son intersubjetivas, sociales, su intencionalidad, la de los actos humanos, se eleva a concepto que esconde finalidad de ajuste y estabilidad. MAX SHELLER identificó dos tipos de actos humanos: los dirigidos a fines espirituales, a la ciencia y al arte y los encaminados a someter la realidad exterior, dominarla y apropiarla: instrumentalizarla.

Caminando al realismo, reducimos la realidad del Derecho a lo que sale de las manos de juez y en definitiva a lo que hacen los hombres sujetos–objeto del Derecho, que es otro modo de acudir al espíritu objetivo. No a la que hagan CAYO o SEMPRONIO, sino a lo que hace la "civitas", el pueblo romano o no romano, que esto tiene menor importancia, siquiera, desde el año 212, cuando el orbe recibió la ciudadanía.

Hacerse situación y relación diferenciada: dando para recibir, comprar y vender, prometer cosa o servicio, ceder cosa fructífera para cultivo, cuidado, espera y esperanza de cosecha y atribución según medida establecida.

Hablo de esa forma de realismo que llamamos costumbre, modo de ser de nuestro Derecho y no del aparecer en la Ley o en el dictado de aquel organismo o de este juez. La costumbre es nuestro Derecho, si lo quieren y si no lo quieren leyes, decretos y sentencias; que el Derecho, también el nuestro, es voluntad entrelazante, autárquica, inviolable.

Esto sabido, es, aun, necesario ahondar diferencias para quedar en franquía y desentrañar la consistencia de ese Derecho, que también es nuestro, por común y

vigente, desde Roma, en París, Berlín, Madrid o Lisboa, en forma de código, colección o sistema de leyes; para preguntarnos su principio o sus principios.

Justicia:

Una tal pregunta nos vuelve Historia y Grecia, primera en el tiempo y en el surgimiento originario: justicia, medida, cabeza y corazón de las *aretes* y no sólo para el hombre, sino para la "polis", para el mundo, sino en el Olimpo, ya delante, ya a la derecha de Zeus, padre de los dioses y alguacil de la *dike*, eso que no es parte de la *arete*, sino la *arete* y cuya consistidura está en dar a cada uno lo conveniente, como sabía ISÓCRATES.

Allá se mantuvo hasta que filósofo o sofista la robó a los dioses y la dio a los hombres, como caja de PANDORA, para morir por y en ella, como SÓCRATES o vivir fuera de ella, como PLATÓN y ARISTÓTELES, porque, la cosa empezó mucho antes en Jonia y tiempo de ARQUÍLOCO y ANAXIMANDRO con el nombre de *themis* para llamarse, después *dike* (el nombre de la diosa parmenidea que portaba las llaves que abren las puertas del día y de la noche, descubren y ocultan) y, desde entonces, amada de poetas y filósofos y entre ellos SOLÓN y HESIODO que se unen al clamor general por la *dike*, hecha lema y llamada al combate en luchas de nobles y villanos o siquiera, demanda cívica encabezada por burgueses enriquecidos y poetas descontentos, como HESIODO, con la justicia administrada por los nobles (*themis*) exigiendo Derecho igual para todos, al que los jueces estuvieren sujetos y no al cetro y *themistes* que ZEUS, según HOMERO, daba a los reyes, para que aplicasen la costumbre. *Arete* de todas las artes, *dicaiosine*, conoce lo que a cada cosa corresponde según esencia, moralidad en cuanto tal (ARANGUREN), que ya en ARISTÓTELES (*Ética a Nicómaco*) no es parte de la virtud (*aretes*) sino *arete* (la virtud) y que en HEIDEGGER todo queda en "juntura" o "encaje", creyendo que el término viene del lenguaje procesal, donde las parten dan y toman justicia. Toma el perjudicado y da *dike* el culpable, según mandato judicial.

Parece sabido que *themis* apunta a la autoridad y validez del Derecho y *dike* al cumplimiento de la justicia. La acepción originaria de *dike* es igualdad (pagar, devolver lo mismo, dar compensación igual al perjuicio), hizo de ella santo y seña en la guerra y apelación en la paz, pese a su equivocidad: igualdad de los iguales, igualdad de todos en el acceso a los cargos, para llevar a democracia y tiempo en que los nobles claman *dike*, recurso último de los vencidos.

Roma es otra cosa: no supo, no quiso entender lo que fuere la justicia, ni de que serviría en proyecto de dominio del orbe. Su Derecho es su justicia, la única justicia. Decidió quedarse en los tres preceptos y legar al mundo el *suum cuique tribuere*.

Después patrística y escolástica que no quisieron salir de Dios, hasta el Renacimiento que es mirar atrás, para humanizarse, iluminarse y arder en la Revolución, nuevo renacimiento que descubre otros tres preceptos: libertad, igualdad y fraternidad.

Y en eso estamos, con KANT (libertad teñida de igualdad) con HEGEL

(libertad que es propiedad) con MARX (que es igualdad sin propiedad).

Romanizada la justicia, podemos comprimir el tiempo y como tonto, contar la Historia idiota de los hombres.

Estamos en esto y más, porque hemos constitucionalizado la tríada, entronizándola como núcleo duro de derechos fundamentales y primeros principios políticos de la humanidad civilizada, pero temo que no estamos asegurando esa trinidad, sino tratando de asegurarnos en ella contra todos, con juramento, incluso.

Cosa es de dejar estas cosas, que vienen siendo hechas cuestión desde hace muchos siglos. Es hora de situarnos en lo particular, en lo nuestro, en el Derecho civil foral o especial de Galicia y en sus principios.

Sabemos que los principios del Derecho común, los del Código civil y de la generalidad de los códigos civiles son necesariamente nuestros, por humanos, universales, generales y por racionales–constitucionales–políticos. Lo que falta saber es si los de nuestro Derecho están dentro o fuera de él.

Podemos, sólo, estar seguros de que si los de nuestro Derecho son los que llevamos dicho están fuera de todos los Derechos civiles, ya sean forales o especiales, ya comunes y generales.

III

Parece, por esto, conveniente dejar, de momento, categorías propias de axiología jurídica y especialmente ideas de justicia, ética y moral general, para atender a ciertas otras realidades que lo manifiesten, como la eficacia y la validez, aunque sean caracteres o atributos incondicionalmente ínsitos en la noción de Derecho.

Eficacia:

La eficacia, en primer lugar, es realmente materia de la Sociología, siquiera, por estudio y comprobación científica de la función que desempeña en la ordenación de las relaciones más comunes y generales de la vida, empezando por la familia, la veciña, la parroquia, como articulaciones sociales básicas y propias en el sentido que se dirá.

Validez:

La validez no parece que pueda explicarse desde pirámides de KELSEN o SANTI ROMANO, por ejemplo y sus concepciones jerárquicas y construcciones por grados y Estado distribuidor y receptor de competencias, que convalida ordenamientos subordinados, como en SANTI ROMANO; o delegación de la producción normativa inviolable, que reduce los fenómenos sociales a lo jurídico, a manera kelsiana (L. STRASERRA, "Teorías del Ordenamiento Jurídico", *RDP*, Feb., 1987).

Aunque se partiese de la idea de sistema, insoslayable, parece que no en la manera que desde la Constitución y las autonomías que regula, se entiende nuestro

Derecho, sino, si acaso, en lo que se acostumbra a mentar como urconstitución, profunda o subconsciente; porque la Constitución reconoce nuestro Derecho, no lo da ni lo quita, sino que partiendo de innegable existencia y su vigencia, se contiene ante su realidad.

Quizá se entienda este aspecto de la Constitución como punto de vista o perspectiva exterior, pretendidamente descomprometida. Desde luego, no es perspectiva a caballo, porque la Constitución, en verdad, no reconoce ni, siquiera, conoce el Derecho civil foral o especial de Galicia, que no estuvo nunca expuesto en cuerpo de leyes o compilaciones de costumbres ni puede estarlo, dado que no es ni fue nunca un sistema cerrado, sino ordenamiento en permanente formación.

Orgánicamente, al modo de la lengua, va abriéndose nuestro Derecho para acoger y amparar relaciones que no tenían cobijo en el Derecho común, pero subsistían en la voluntad y el sentir general de lo necesario o de lo adecuado en las relaciones de la vida civil.

Sistema:

Más radicalmente se entiende o me entiendo mirando a principios de ese ordenamiento como sistema, si sistema se entiende, mirando o manejando la clave o regla de acuerdo con la que el sistema puede ser íntegramente elaborado (LEGER VOOD: *The Analysis of knowleg*. GARCÍA PELAYO: *Burocracia y Tecnocracia*, A. Universidad, Madrid, pp. 44 y ss.). Díganse fundamento infundado de conocimientos generales que se refieran a una especie y a nada individual y concreto, a nada real, sino a objeto posible (HUSSERL, *Investigaciones lógicas*). O como DÍEZ–PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1985), o como J. L. MEILÁN GIL ("O Dereito Galego como Dereito Estatutario", *Manual de Dereito Galego I*, Santiago de Compostela, 1996, p. 17), porque no basta el orden que, como explica BORGES, citado en *Las Palabras y las Cosas* por FOUCOLT, si no es natural de que habla VILLEY (ob. cit., p. 135) o VIRGILIO, *4.ª Égloga* (*magnus ab integro seculorum nascitur*). Cfr. KANT en la introducción a la *Teoría del Derecho* y HEGEL, *Fundamentos de la Filosofía de Derecho*, Prodhufi, Madrid, 1993, p. 166.

HERNÁNDEZ GIL habla de sus notas: unidad, orden, organismo, para llegar a estructura: método en el que las relaciones se anteponen a las cosas en sí y el todo a sus elementos o términos. Autorregulación que en lugar de prever, explica y en vez de explicar, constata. Citando a BOBBIO, distingue tres significados de sistema: 1) Deductivista: ordenamiento es sistema cuando todas las normas jurídicas son derivables de principios generales, a modo de postulados de un sistema científico (iusnaturalismo). 2) El sistema tiene como fin reunir los datos de la experiencia desde semejanzas, para formar conceptos cada vez más generales, hasta generalísimos que permitan unificar todo el material dado. 3) La nota característica del sistema es la coherencia o compatibilidad de las distintas normas, que no suponen identidad ni derivación.

Lugar y función:

Cualquiera que sea el sentido que se adopte, los principios del Derecho

gallego no estaban a la mano de la Constitución ni de los constituyentes. No podían darse por sabidos o sobreentendidos, a menos de negar la autonomía y darnos nuestro Derecho, como se nos dio el Código civil o la Ley hipotecaria.

Los principios de nuestro Derecho son única o eminente realidad y cotidiana tarea de los juristas de esta tierra. Sin ellos, inconcebible su existencia o, siquiera, su conservación, modificación y desarrollo.

Límites:

Indudable parece que nuestro Tribunal Constitucional sabe que el Derecho gallego, como los demás Derechos forales o especiales no tiene otros límites que sus principios, donde se contienen la conservación, modificación y desarrollo, es decir, su posibilidad y su realidad.

No es cosa de entrar, ahora, en conocimiento por deducción desde axiomas o de inducción desde *topoi*, por camino de inversión, que niega lagunas y analogías, incomprensibles en un sistema y teóricamente en ordenamiento pretendidamente completo y cerrado, para no reconocer que, si así quisiera entenderse su desarrollo, sería preciso plantearse las lagunas como mares y aun como oceanos.

Plantearse lagunas en un sistema es negarle completud y autointegrabilidad actual. En todo caso, es pensarlo como cerrado y concluso, es aislarse en positivismo legalista o teoría pura que crea saber lo que no es Derecho, porque el Derecho es ahora y siempre lo que debe ser y, por eso, no es posible pensar un deber ser fuera de él. En positivismo no mira ni tiene un fin, sino que, en sí, contiene el fin o los fines.

Pero es suficiente la idea de autor para salir de positivismos y voluntarismos: uno o todos, imperio o democracia, con fórmula representativa o asamblearia, que exige a cada uno en el todo, como el uso o la costumbre.

Ni la idea de uno, rey o roque, basta para entender la obra legislativa como pura decisión individual, a poco significado que quiera darse a la aceptación. El desuso y la costumbre contraria para la ley y la revolución para el sistema o la estructura son inmejorables clarificaciones.

Desde aquí la eficacia, que nos lleva a la aceptación del común de las gentes y explica el rechazo, el desuso, la costumbre, *secundum*, *praeter* y *contra legem*, imposibles por contradictorios en sistema positivo, autointegrable, completo y cerrado.

Realismo:

Verdad que el hombre vive inmediatamente en sociedad y sólo mediatamente en el mundo y más verdad que sin mundo no hay sociedad. De este modo, sin llegar a la existencia y al límite al existencialismo, damos en esa forma de realismo radicado en Escandinavia, América o Australia: AARNIO, ALBERT, PARSONS, LUCKMANN, BETCHEL, TARELLO, MENEGHELO, ERLICH, DUGUIT, HAGESTRÖN, OLIVECRONA, LLEWELLYN, precedidos, como no, por KANT, HEGEL, FITCHE, que no sabían Derecho.

Por todos, en Harward, JOHN RAWLS, desde especie de neo–contrato social, enfrentado a principios materiales de justicia, que es preciso descubrir o inventar, elegir, optar o decidir.

En Frankfurt, KARL OTTO APEL, pretendiendo mejorar el imperativo categórico y superar todo individualismo con sólo hablar con otros para llegar a un punto de vista generalizable, porque la razón no es monológica sino dialógica. En este modo, intercomunicación sin violencia, que conduce a lo común y racional.

RONALD DWORKIN que, distinguiendo los principios de las normas, encuentra las instituciones basadas en los principios, es decir, las proposiciones de cada pueblo para la humanidad.

En ese hablar con los otros de OTTO, que conduce a lo común y general, podemos concluir, con SALVADOR CODERCH (*La enseñanza del Derecho en España*, Madrid, 1987) que hoy el Derecho privado, como tal, es, en buena parte, Derecho de los jueces y, me atrevo a decir, como siempre.

Hecho normativo:

Mejor se comprende en Galicia, que, sin tanto estudio de cátedras y escuelas de sociología jurídica viene sosteniéndose: importa poco lo que el Rey o la Ley quieren y lo que digan debe ser hecho, incluidas sanciones por desatención a imperativos. Sólo lo que se hace tiene realidad para hacerse objeto de ciencia verdaderamente tal. El hecho se hace norma y frente a lo hecho y al modo en que se hace poca validez y ninguna eficacia y realidad queda para lo que se mande hacer. La nulidad predicada de lo que resista lo mandado o lo contraríe es otra eficacia: la que derive del mandato de nihilizar lo hecho, un imposible lógico.

Dicho está (E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Civitas, Madrid, 1984, p. 17) que el Estado Legislador es producto de un momento político, un tiempo y un mundo concretos: la revolución francesa y la pretensión de reducir el Derecho a un conjunto sistemático cerrado de normas positivas y negación de valor material a justicia.

En Galicia, que no tuvo autonomía o que si la tuvo en monarquía sueva no parece que haya sido nunca advertido, es arduo el problema o no existe (J. SEOANE IGLESIAS: "Unha aproximación ás fontes do Dereito civil de Galicia", en *Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de Maio*, Parlamento de Galicia–Revista Xurídica Galega, Artes Gráficas Portela, pp. 12 y ss.). La dificultad aparece al aplicar el Código civil y leyes especiales en defecto de Derecho gallego, pensando, incluso, en costumbre gallega de aplicar el Código civil.

Al margen *boutade*, la auténtica realidad de las cosas en Galicia es que, sin ley y sin Código, hemos de hablar de procedimiento de solución de conflictos en que la ley conforme a costumbre era insignificativa y la disconforme se resistía o burlaba (A. OTERO VARELA: "Las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá", en *AHD*, Madrid, 1993–1994, pp. 516 y ss.) y, de este modo, usos y costumbres, compilados o no compilados, y principios y conceptos y tipos regulaban la vida civil en este país.

Un procedimiento que busca la solución en los conflictos mismos, desde todos los puntos de vista atinentes y, ante todo, en lo antes decidido, para tener la justicia del caso. Solución conforme a precedente o solución que se hace precedente y directriz. Entendiendo por caso la causa y "razón" de la contraposición de intereses o posiciones ante un bien. En definitiva: la cosa, como la entiende HEIDEGGER (OTTO PÖGGELER, A. Universidad, Madrid, 1986).

De aquí, la mediación y, al límite, juez; pero prerrevolucionario y preconstitucional. Un juez que no es boca de la ley. Un juez sin ley que muda el hecho en Derecho.

Tópica:

Un juez que, fuera de sistema –que es idea de lógica deóntica– analiza, comprende más que interpreta y se sirve de tópica, naturaleza de las cosas y su idea de lo justo o de lo que PERELMAN llama nueva retórica, sabiendo la irrenunciable aversión a la idea de sistema o del escepticismo ante normas y lógica, porque la vida del Derecho no viene de la lógica, sino de la experiencia. (A. GARCÍA FIGUEROA: *RDP*, Dic., 1999).

CANARIS, según GARCÍA FIGUEROA, a quien sigo, rechazando la concepción sistemática del Derecho, desde media de vicios y virtudes, se aparta de la tópica, aunque mal se entienda que sostenga tópicos con los de esencia del Derecho, naturaleza de la cosa y otros. Pero, en muchos modos, Europa, desde mediado el siglo pasado acoge retórica y dialéctica: en Francia, VILLEY; en Bélgica, PERELMAN; en Alemania THEDOR VICHWEG, que en junto, son NICOLAI HARTMANN redivivo: sistema o problema para conocimiento de hombre en el mundo.

IV

Para todos, el Derecho tiende materia propia en los problemas con técnica singular: la tópica, con la que los soluciona *hic et nunc* y uno a uno. No como la ley que se vale de soluciones generales, para hoy y siempre. Tópicos o *endoxa*, es decir, lugares comunes son lo justo socialmente reconocido y lo que puede realizarse y socialmente tolerarse. Hoy, la tópica se remoza como argumentación jurídica.

Servirse de términos como el de esencia que del *aer* griego se hace *esse* y nombra el ser; en ANAXÍMENES se concluye que existe alguna cosa última (cierto aire) que es llegar a donde se había comenzado: *aer*, aire, *esse*. De la naturaleza de la cosa que equivale a Derecho natural, se concluye, siguiendo a STAMMLER y a RADBRUCH la imposibilidad del Derecho sin la idea de justicia (síntesis de lo positivo y lo ideal que conduce a: el derecho positivo deja de ser derecho cuanto se aleja de lo justo).

Así, se desconoce a HUME y la *suma divisio*: ser/deber ser; descripción/prescripción, que es PLATÓN: mundo de las ideas, conceptos puros, perfectos y mundo real, en sus defectos. Pero es necesario evitar el recurso al infinito, en busca de fundamentación última y encuentra el trilema de MÜNCHHAUSSEN y sus tres alternativas inaceptables: 1) Regreso al infinito: a se basa en b; b en c; c en d; etc. 2) Círculo vicioso: a se basa en b; b se basa en a. 3) Ruptura

arbitraria.

Y sólo en la ruptura encuentran acomodo los juicios morales, que se produce con la aceptación de cualquier forma de vida y nace de la aceptación de la regla de reconocimiento del sistema. Va de suyo que los otros dos cuernos (círculo y regreso al infinito) no son fundamentos admisibles.

Por irracionales, la teoría del Derecho, repugna argumentos puramente dialécticos: naturaleza de la cosa, idea del Derecho, tópicos, aunque sirvan para reducir costes de fundamentación, mientras que la dogmática se desinteresa de la racionalidad. Un análisis positivo, exclusivo y exhaustivo no es característica del positivismo jurídico, aunque distinga los juicios descriptivos de los normativos, *lege lata*, *lege ferendae*, que son los aspectos básicos del iusnaturalismo.

Sólo desde axiomas puede llegarse a integridad, compatibilidad e independencia, que en sistemas normativos se transformarían en completud, coherencia e independencia, es decir inexistencia de lagunas, contradicciones y redundancias.

La clausura teleológica del Derecho exige el axioma. Completa los enunciados, incluso los usados para colmar lagunas. Es la omnicomprensibilidad de que habla CANARIS; aunque parece que si algo falta en un sistema no es posible que lo pueda proporcionar ese ordenamiento sistemático, a menos de entender que tiene lo que le falta. El positivismo remedia las lagunas acudiendo al legislador y, al límite, al juez.

Edad de oro de los principios:

Coherencia. Principios y valoraciones dificultan la axiomatización del Derecho. Son materia que, en la última década del siglo, reabrió la edad de oro de los principios, que puede personificarse o atribuirse a RONALD DWORKIN y ROBERT ALEXY. El problema: los conflictos entre principios no se resuelven con antinomias comunes: *lex superior*, *posterior*, especial y causa tensiones ineliminables, porque de la contradicción puede desprenderse cualquier cosa y es sabido que es falso *quodlibet sequitur* y consecuentemente que liquida el sistema, borra límites y niega la identidad, falseando el racionalismo codificador y la pretendida estructura *more* geométrico de la totalidad de los problemas jurídicos.

Independencia. La redundancia no afecta al sistema sino a la formulación, pues los posibles diversos modos de expresión de una norma conduce a cuestión de contenidos a decidir por la dogmática jurídica.

Dicho esto y más que se lleva dicho y aun lo que podría decirse, se entiende inmediatamente lo poco que nos sirve para el estudio de nuestro Derecho y sus principios, pero también lo mucho que tiene de esfuerzo baldío, si, a modo de JASPERS, debemos limitarnos a describir situaciones como momentos de la existencia en libertad o en la libertad posible en esta sociedad e, incluso, en las posibilidades de existir para una vida concreta y determinada en este pueblo gallego y su mundo.

Constitución. Fuentes:

Dando por sabida Constitución y orden de fuentes establecido constitucional y estatutariamente, parece claro que hacemos del hecho y sólo de lo hecho colectiva y regularmente el uso de que hablan las fuentes, que, transustanciado en costumbre, se antepone a la Ley, sin más, aunque parezca depender de conocimiento o reconocimiento de los tribunales Superior y Supremo.

Hacemos, pues, Derecho callando, hablando, andando; como se hacían fazañas y en el hacer, en la conducta colectiva, se nos aparece lo recto y ajustado al momento y lugar, es decir, a la situación, mucho antes de esa especie de bautismo judicial que parece abrir a lo hecho las puertas del día y de la noche, del Derecho y de la justicia.

Claro que me refiero a los hechos, situaciones y relaciones domiciliados en la Ley de Derecho gallego, pero, sobre todo, a los que carecen de nombre cristiano y lugar propio en esa especie de cielo de las costumbres, que se eternizan y son reverenciadas desde que se instalan en ley del Parlamento gallego, pese aquí y ahora no puede tratarse de monopolizar el poder, como en el pasado próximo, a medio de ley o fuero dictado por señor, burgo o rey o voluntad de someter poderes periféricos y aun, sencillamente, de meter en cintura a jueces contrarrevolucionarios, a modo de la Convención.

V

Sujeto:

En esos hechos y situaciones encontramos, como primero de sus elementos, al sujeto: voluntad que se objetiva como poder y como autor, que sólo en este modo puede ser estudiado, dado que como individuo es inefable, como sabemos.

Me refiero al que hace el Derecho para los demás e, incluso, para sí mismo, haciéndose sujeto del Derecho y de los derechos. Se trata del sujeto como autor, dueño y señor de todos los derechos, clave del arco que sostiene lo normal y la norma, con efectos jurídicos más o menos seguros inmediatamente, pero impensables, por imprevisibles, en el decurso del tiempo.

Es casi seguro que ese sujeto en nada se diferencia del sujeto abstracto de cualquier lugar y tiempo, pero sólo hasta que se concreta y realiza y no en forma, situación, circunstancia o mundo; existiendo, como libre, como propietario, como contratante, en relación de paren tesco, naciendo, trabajando, muriendo, que todo esto es insuficiente para que el Derecho gallego o cualquier Derecho lo conozca y someta.

No se manifiesta o aparece como sujeto de Derecho gallego si no en situación o relación regulada por el derecho de este país. En relación de dominio de montes vecinales en mano más o menos común, de leiras en los agros, en muiños de herdeiros, en airas, en augas, en serventías, en aparcerías, en arrendamiento de lugar acasarado y otras figuras jurídicas de nuestro Derecho.

El sujeto abstraído de situación o relación, sea cualquiera la estructura, ordenamiento o sistema lleva, necesariamente, a elemento indistinto en esas relaciones y se hace punto de vista desde el que no se percibe, no puede apreciarse diferencia que identifique nuestro Derecho.

Objeto:

Parece que esa pretendida diferencia, de existir, debe estar y encontrarse en las cosas y no en los conceptos o en los nombres que parecen servir a este fin, porque si esas diferencias estuvieren en lo que el hombre da a las cosas, serían artificio que nada afectaría o diría de las cosas mismas y, en consecuencia, inútiles, también, para identificarlas y atribuirlas a este u otro sistema. La indistinción e indiferencia daría el abstracto cosa, tan inútil como el de sujeto.

Por eso, es preciso ir y si es posible, quedarse en las cosas mismas, en los fenómenos y el aparecer originario de cada cosa, en su ser y en su estar, pese a todas las dificultades de un estudio y un conocimiento individual y su inefabilidad. Me refiero al conocimiento de una cosa aislada, dejando a las demás fuera, en desorden caótico; fuera, incluso, del arbitrario que encontró BORGES en enciclopedia china del que habla FOUCAULT en *Las Palabras y las Cosas*.

El estudio de cada cosa, por profundo que fuese, daría saber enciclopédico, conocimiento de cada uno de sus aspectos resultante de cada una de las ciencias particulares, que no saldría de la cosa misma en su cosidad, pero ninguna para la ciencia del Derecho que trata de las cosas como objetos remitidos, atribuidos a un sujeto y menos que ninguna para identificarla y situarla en un Derecho dado.

Objetar que todas las ciencias pretenden lo mismo es no atender a la característica esencial del conocimiento científico: la necesaria y neta separación del cognoscente respecto de lo conocido, hasta imposibilitar interinfluencias que negarían el saber real y verdadero del objeto o de la cosa estudiada; mientras que, en cierto modo de ver del Derecho, el sujeto se cosifica y la cosa se sujetiviza para erigir el derecho subjetivo y su ínsita intencionalidad.

Esta clase de relación que importa al Derecho, del hombre o del sujeto y de las cosas es de naturaleza diferente a la que establece el conocimiento, porque el Derecho contempla conjunción o coyuntura íntima, tan inescindible como para humanizar o personificar las cosas, a la vez que cosifica al hombre, haciéndole marido, padre, propietario, acreedor, deudor y mudando su ser por lo que tiene en su poder, hasta hacer su ser de poder, poder hacer. En esta línea de pensamiento: poder hacer jurídicamente, llegaríamos a lo hecho conforme con el Derecho y al valer o la eficacia del Derecho.

Desviarse de las cosas mismas y perderse en el ser del Derecho, en su valer o su eficacia y perder lo que ahora importa: las cosas y de ellas ésta o la otra importan al hombre concreto y no al hombre para quien Dios hizo el mundo, que esto, la obra de Dios, no es cosa del Derecho.

En la mismidad de las cosas está, siquiera tendencialmente (*res nullius*), el ser en, el ser para este hombre y el camino por el que ésta y aquélla y todas las cosas se unifican para ser dedicadas a fines o al fin primordial del hombre: estar, estar en sí, que es estar en lo suyo.

Patrimonio:

Hay concepto jurídico que sintetiza la idea de hombre en sí o estando en lo suyo: el patrimonio, el lugar privilegiado, eminente como otero, donde el hombre, con sus derechos, se hace visible en su poder o en su derecho.

En el Derecho gallego este concepto necesario es insuficiente para entender la coyuntura o conjunto de relaciones y el significado y sentido de ese conjunto que nombra nuestro patrimonio.

La casa:

El lugar acasarado. En la casa de este lugar está este hombre y sus derechos, pero en manera que, haciéndose casa, hace de ella sujeto eminente, aunque se mude en primer servidor, poder que se manifiesta como dueño, empresario o profesional de la agricultura, por ejemplo.

Entender a ese hombre con su familia en amplio sentido no es difícil, pero insuficiente. Ha de ser comprendido como estirpe, como sangre, como nombre, para entenderla como descanso de cuidados, seguro donde se rinde la vida y todo se deja y devuelve a la estirpe el último día.

Evidente es que la casa es el lugar y el lugar es el agro, las "leiras", los prados, las "chousas", los montes, las "airas", los "muiños de herdeiros", "de rilote", los "fornos", las aguas, los ganados, los frutos, los trabajos y los días. Tan evidente que esto a lo que me refiero era en el pasado más patente que hoy y que mañana, pero esto, como era, como es y como será, es nuestro Derecho y sus principios, lo que buscamos, precisamente.

En derredor de la casa, el Derecho gallego: "la veciña", los montes y demás bienes en mano común, con disfrute y cargas atribuidos a cada casa, según necesidad y mayor parte a quien la precisa y puede utilizarlo: rozando, quemando, sembrando, volviendo y revolviendo mientras dura el cierre, la sebe, pero nada a nadie sin su trabajo experto y su guarda y cuidado.

Privilegiado punto de vista para comprender las rentas en saco, las derechuras, foros y subforos que se pagan y se cobran para conservar indiviso el lugar en sus dimensiones óptimas o las adecuadas a la fuerza de trabajo, hombres y ganado de labor y los abonos disponibles y frutos previstos para sostén de la familia, que no para otra rentabilidad: conservar la familiar en el lugar, impidiendo la pulverización que amaga desde las dotes, sucesiones, infortunios.

Así, es de ver la indivisibilidad de la casa y del lugar y cómo la propiedad se hace una forma de derecho de labrar y poseer, y al límite obligación de conservación, desarrollo y mejora. Así, las rentas en saco y muchos foros y subforos son prima de seguro de integridad del lugar y de esta manera, se entiende el casamiento para casa y la sociedad familiar gallega y así que estas modalidades de tenencia y explotación precapitalista y preburguesa no encontrasen lugar ni tolerancia en régimen liberal y de mercado, pero se anticipasen a patrimonio inembargable y concentraciones parcelarias.

Estado de justicia:

Perdieron su sitio en mundo "ilustrado" y proceso de racionalización del Derecho, entendido como sistema de soluciones generales regidas por idea de rendimiento y utilidad mercantil. Es tiempo de códigos, efecto de ilustración y racionalismo, que se hace liberalismo y tecnificación del Derecho, que busca independizarse de la política, fijando el derecho de los particulares en el marco de las libertades burguesas y servicio de la propiedad, que para WIAECKER es modo de conversión del Derecho natural de la razón en Derecho positivo y planificación política y cultural, es decir, fruto de la ilustración o proceso de racionalización del Derecho. De ahí, por los llamados derechos humanos a Estado de Derecho y al de justicia, o, siquiera al *higer law* y principios generales del Derecho, en pos de la justicia material identificada con problemas jurídicos concretos, como entiende ENTERRÍA (*Reflexiones...*, cit., p. 31).

Se trata de instituciones, conceptos y tipos (conceptos concretos determinados por la función, que dejan traslucir el contenido, en el sentido de MAX WEBER, citado por LARENZ (*Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel–Seix y Barral, Esplugues de Llobregat, 1980, pp. 453 y ss.) que, según creo, desprenden un principio: la propiedad rural gallega, en su forma de lugar acasarado, no es la que quiere o regula el Código civil; no es, tampoco, el más ámplio derecho de señorío de la voluntad sobre una cosa, sino el deber cultivar, custodiar, defender el uso y disfrute, para satisfacer las necesidades de la familia, en la casa.

En este modo vista, la propiedad rural gallega no es libre o no tiene la finalidad de asegurar la libertad de sus actuales miembros, sino la unidad y perdurabilidad de la estirpe y su valor no es precio de mercado de bienes y derechos. De aquí su práctica inalienabilidad.

Siendo las cosas así, se concluye el daño que para la mismidad de la galleguidad causó el sentido burgués de la propiedad de esencial alienabilidad o libre comercio, que dieron pulverización de las fincas y correspondiente desarraigo.

Los remedios recientemente inventados: patrimonio familiar inembargable, concentración parcelaria y otras figuras de nombres rimbombantes no cuentan con lo esencial: la familia campesina y su dedicación y permanente aprendizaje para un tan repetido fin: familia, estirpe y consecuente inalienabilidad, que es otro y muy diferente del atribuido a la empresa agraria, desde la que se mira al mercado y se cuenta el beneficio como rendimiento de capital y trabajo, es decir, valor–precio de todos los bienes más jornadas de trabajo que deben rendir sueldo y beneficio. Esta

cuenta periódica demanda subvenciones o abandono del cultivo.

Antípodas, la empresa más o menos mercantil y el lugar acasarado, la sociedad familiar gallega, el derecho de labrar y poseer, y, en fin, el régimen sucesorio, que nunca conocieron ni aceptaron otras leyes y siempre las rodearon e inaplicaron. La misma regulación de la sociedad familiar del Proyecto de Apéndice, aprobado por la Comisión Especial de Derecho Foral de Galicia (PÉREZ PORTO, TRONCOSO, MÉNDEZ BRANDÓN, VITURRO POSSE, PÉREZ ARDÁ, TABOADA GONZÁLEZ, BONETE SEQUEIROS, RUZA GARCÍA y BARREIRO MEIRA) no logró definirla diciendo: "Sociedad que, salvo manifestación expresa en contra, se entiende formada por consentimiento presunto entre parientes emancipados, que hayan vivido juntos más de un año a mesa y manteles, cultivando y cuidando en común bienes de todos, de alguno o algunos de ellos". No se define desde pluralidad subjetiva, parentesco y trabajo en común. Sólo se comprende como generaciones regidas por paterfamilias en la casa y para la casa durante sus vidas, unidas por la sangre y el proyecto común de engrandecerla.

Serventía:

Más opuesta a la noción de servidumbre, la serventía, en la que no sirve un fundo a otro, sino dedicación de lo propio a la común utilidad. Siquiera, es hoy generalmente sabido que no todo lo que fue tanto tiempo tratado como servidumbre toleraba el régimen legal establecido para estos gravámenes, porque eran "arredores" dedicados al paso a pie, con ganados o carro por dueños de fincas limítrofes, para salir del agro o fincas de todos ellos a la "corredoira" o al camino público.

Nada hay ajeno en la serventía, ningún fundo es dominante o sirviente y por eso, nunca debió aplicarse el régimen legal establecido para las servidumbres, sino la costumbre, como mandaba la redacción originaria del artículo 6.º del Código civil. Por esto, son imputables a los juristas de esta tierra daño y coste de la prueba de la inmemorialidad y los de reconstitución de la servidumbre, una vez estimada la negatoria.

Augas da pilla pillota:

Las "augas da pilla pillota" *res communes omnium* remitidas al régimen del apeo de los foros, hace difícil entenderlas partidas y menos, según días, pero sobre todo no permite hacer idea de lo que pueda hacer el juez con el apeo de los foros, calendario y reloj incluidos, a las aguas de tormenta de verano en una "corredoira". Lo que no se entiende es la Ley de aguas en su falta de respeto al Derecho gallego.

Los agros, muiños, fornos:

Los agros, las "airas", los "muiños de rilote", los "fornos" al ciclo de los cereales se entienden conjuntamente o no se entienden y se entienden los "cómaros" en la pendiente continua que es la tierra en Galicia.

A modo positivista puede intentarse la búsqueda de los principios, con ayuda del método de inversión en las situaciones y relaciones dichas y otras homólogas, para exprimir el común sentido, conociendo el defecto de autonomía legislativa a lo largo de nuestra historia y lo que es peor, la falta de estudio y reflexión de nuestro Derecho. En razón de estas carencias es consuetudinario y nunca escrito el Derecho que llamamos foral o especial de Galicia y, por eso, queda el recurso al espíritu del pueblo o la conciencia jurídica colectiva, de recelar de compilaciones y de la Ley de Derecho, que causa estrabismo.

Tratando de entender esas carencias, se comprende el ocultamiento y reducción a mínima expresión, no sólo ante pretendida razonabilidad del ordenamiento jurídico a España y nuevos mundos, e incluso para declaración de fallecimiento de juristas extraños o muerte e inhumación en tantas "mámoas" y su carbón y su hierro y su oro y el alma dormida de todo el celtismo.

Quise hablar de suicidio, pero no fue en ley, sino en compilación donde se certificó su muerte, y en Constitución donde resucita, conservándose, aun modificado y desarrollado.

De la Constitución parece venir su validez y su vigencia o siquiera, su vigencia y su validez, como reconocimiento de existencia preconstitucional desde su remoto origen.

VI

Eficacia:

Lo que no está a la mano y permite serias dudas es su eficacia, su realidad y su presencia en la conciencia de los operadores jurídicos, pese a su actualidad en la conciencia social y espíritu objetivo, pero falta al Derecho gallego estar en su sitio, en la mente y diaria práctica de los juristas y así, no sabiéndolo o no necesitándolo, se intenta muchas veces poner en el último lugar, acudiendo a recurso superior o supremo, difícilmente se encontrará otro Derecho que no sea el dado para otras gentes, otras tierras, otras circunstancias, otro mundo.

Por lo demás, poca necesidad de Derecho se siente en tierra "asulagada" por leyes, decretos y órdenes más o menos reales, que se producen, promulgan y publican con progresiva aceleración fuera de Galicia. El problema es que no son de aquí, ni para Galicia, sino en su generalidad, modo de producción no conforme al propio y, además, con aspectos que hemos visto traslucir y los que se indican, a seguido.

La estructura piramidal de la propiedad rústica, el minifundio, la sobrepoblación y el alto precio de esos bienes, han hecho menos libre la propiedad. Claro es que la articulación vertical derivada de ese minifundio no debía causar mayor daño económico, si la utilidad y el valor del fundo no viene sometido al mercado ni a los frutos, siquiera, porque su función principal consistía en hacerse lugar de trabajo de toda la familia.

Esto explica el odio al vacío en este mundo escaso, que induce a la expansión

de la tenencia y disfrute de baldíos y aun de los frutos desaprovechados.

Pero estuvimos necesitados de hermenéutica y semántica capaces de ayudarnos a ver en profundidad y comprender la complejidad de nuestra sociedad y descifrar signos y conveniencias del Derecho con las cosas a la mano o de la vecindad, para no recaer en permanente desajuste y única o más notoria injusticia: sufrir trato igual en nuestra real desigualdad, que es modo propio de tiranía y consecuente deber de resistencia.

Lejos de quejas vegetales y animales, lejos de tremendismos basta recordar lo que tiene dicho D. ALFONSO OTERO VARELA, catedrático emérito que fue de la Universidad de Santiago: En Galicia, no se dieron las circunstancias de los reinos orientales. Galicia quedó muy pronto al margen de la reconquista. Por no haberse dado directamente las circunstancias de conquista y repoblación, se prolongó la situación de dependencia señorial (*AHD*, 1965, separata: 529, 1958, Madrid).

El caso:

Sin ley y sin código, el orden de fuentes no es tema sencillo, dado que no conocimos ley, sino para contradecirla, en modo que la conforme a nuestras costumbres era insignificativa y la disconforme se resistía y se burlaba (A. OTERO VARELA: "Las Partidas...", cit., p. 516; ver, asimismo, J. SEOANE IGLESIAS: "Unha aproximación ás fontes do Dereito civil de Galicia", cit., p. 12). Pero, sobre todo fuerza a idear otro sistema que contenga usos, costumbres, compiladas o no compiladas y conceptos y tipos con los principios de este Derecho: el de justicia del caso, que corresponde al caso y comprende el conflicto concreto, no a normalidad, norma y ley. El régimen consuetudinario es régimen de conflicto de voluntades e intereses, primordialmente, que parece tener vías de solución y efectos diferentes. Desde la ley quieren estar decididos y definitivamente resueltos subsumiendo el caso o sus elementos significativos en la hipótesis legal para que la sanción se desprenda directa e inmediatamente de la ley misma. La costumbre no conlleva sanción de uso contrario, que la niega ni, al límite, del acto o negocio que la infrinja. El uso empieza con un acto y la sanción se reduce al reproche social. La decisión legal o judicial no viene dada anticipadamente.

Quiero decir que es sistema que se integra y comprende desde el enfrentamiento de posiciones ante un bien concreto y no desde la normalidad que es supuesto y fin de la ley. El acto o negocio contrario seguido por la comunidad no deroga, por inderogable, la costumbre sino que niega el uso y quiere comenzar a regir como nueva y usada costumbre. No impera, no manda, sugiere.

Conflicto:

Cada conflicto ha de ser resuelto desde el conflicto mismo: es decir, desde todos los puntos de vista atinentes y no sólo desde elementos esenciales anticipadamente previstos por los que se busque la igualdad, para tener la justicia del caso supuestamente único o inequiparable. No quiere decirse que en esta clase de justicia la igualdad sea insignificativa y no sólo por lo que resulte de los precedentes, sino por tendencia a directriz.

En rigor, hablar del caso, de justicia del caso parece excesivo o impropio a no entenderlo como "causa" y razones contrapuestas del conflicto. En rigor no hay otra que la pedida por éste, que la justicia no se hace para quien no la pide o no la tiene, aunque, a veces, se haga en ellos. Es la justicia que corresponde y puede hacerse en la humildad de la sede judicial.

Otra, la que es igual para todos, los que la piden y los que la tienen, para vivos y muertos, indígenas y peregrinos, para este tiempo y todos los tiempos, para *nasciturus* que no tuvieron ocasión de ver el milagro de sabiduría –superior a la de sus autores– como algunos testifican, aunque hayan oído llamarle pecado original del Derecho (IHERING).

Sin ese milagro, sin ley, sin código, sin Parlamento que miren a un mañana despierto en Estado de Derecho, pero parecen ciegos para el Estado de justicia, de justicia del caso y los casos y casos similares hechos análogos o término medio, medida del interés colectivo o prevalente y al fin conducta común, uso generalmente admitido, costumbre.

Dialéctica:

Algo parecido a estilo jurisprudencial romano, a tópica de ARISTÓTELES, según VIEWEG: punto de vista generalmente adoptado en lo opinable, camino de lo verdadero, solución dialéctica. Es la aporía hecha *dubitatio* por BOECIO. Lógica problemática, precediendo y sucediendo al axioma, decisión, pese a todo, para el momento y situación concreta y resistencia permanente a lo universal y abstracto, antesala de injusticia para todos, hoy y siempre.

Nomos de la tierra:

Se entiende mejor, así, a C. SCHMITT que, como es sabido, dice la justicia idea que nace y explica la tierra, frente al mar, al comercio, la burguesía. La medida está en los frutos, en la cosecha. *Nomos* de la tierra, *nomos der erde*. En este camino o en el círculo del *tempus loco veritas*, el del *tempus aevum* y los *eones* de E. D'ORS y KANTOROWICZ y más lejos la *eternitas* de San AGUSTÍN, volvemos a lo nuestro y responsabilidad por cita de ley no recibida, única garantía de autonomía, como sabía HERBELLA DE PUGA, imputando al abogado que, conociendo o debiendo conocer, norma de preferente aplicación por usada o acostumbrada y sólo así gallega, citase cartas o albales, decretos o leyes contrarias a uso y fuero (*Derecho Práctico y Estilos de la Real Audiencia de Galicia*, Voz de Galicia, 1975, pp. 25 y ss.).

Seguramente, recordaba la admonición de R. FLORANES ROBLES Y ENCINAS: "los abogados llevan a cargo de sus almas y conciencias el escrupuloso desempeño de las legislaciones que han existido desde mil años a esta parte (*Disertaciones sobre la autoridad legislativa de todos nuestros códigos de la legislación anteriores a la recopilación de 1567 que hoy gobierna con sus aumentos*. Cfr. B. CLAVERO: *El Código y el fuero*, Siglo XXI, p. 59, n. 26).

VII

Constitución, Estatuto y Ley de Derecho, en modo formalmente

incontestable, conocen y ceden ante usos, en materia de derecho dispositivo. Así, a cargo del alma de este Congreso el Derecho civil gallego y el afirmarlo y contestarlo ante quien tenga poder para preguntarlo, acatándolo y haciéndolo acatar, en cuanto gallego y tanto más justo o, siquiera, más acomodado a hombres y cosas de esta tierra, para mayor firmeza de la libertad en nuestra idea y nuestro eterno camino a la justicia. No es caso, de *respondere, agere, cabere* de la ley de Teodosio II, porque es facultad inalienable, propiedad del pueblo gallego.

No es suficiente la del abogado, la del jurista. Es necesaria la respuesta de la organización judicial a la Constitución, al Estatuto, con el sentido radicalmente distinto de la casación en régimen jurídico consuetudinario.

La ley, el código –como sistema de soluciones generales– pudieron dar en costas al juez que los ignorase o se pretendiese autorizado para investigación de lo justo, sin advertir que, antes, se había declarado definitivamente para todos los pueblos y todos los casos y cosas del Reino.

Ahora, hoy, parecía sabido, mandado y guardado, parecía comúnmente querido acatar y cumplir el Derecho gallego, que se entendía como deber de decidir y hacer lo usado y acostumbrado, poniendo entre paréntesis mandatos legislativos o de otra clase, venga de donde viniere, hasta que razonablemente pudiere concluirse la inexistencia de uso o costumbre aplicable.

Precursores:

A. D'ORS tiene dicho (*Racionalismo jurídico*, C.S.I.C., Roma, 1973, p. 84) el acantonamiento territorial puede verse como una cortapisa de la fluidez del orden perfectamente tecnificado, pero ahí está precisamente el remedio contra la ambición esclavizante de ese orden técnico.

J. J. LÓPEZ JACOISTE, en conferencia de 16 de enero de 1964 (Príncipe de Viana, Pamplona) pudo decir: El derecho privado de un país es una realidad viva, inmersa en el tiempo e informada por ciertas directrices que constituyen las líneas constantes de su evolución. Su existencia va unida a la sociedad que rige y gobierna; en ella surge y en ella se adecua con la espontaneidad y el automatismo propio de los fenómenos sociales.

ROCA SASTRE ("Crítica Institucional del Código Civil", *RCDI*, 1940, pp. 407 y ss.) escribió: algo dado, que se halla en la realidad, donde debe descubrirse... hay que sostener que en el mundo jurídico, al igual que en el orden físico, químico, etc., existe una serie completa de distintas figuras e instituciones jurídicas que se ofrecen al derecho positivo de cada pueblo.

Es lo que puede aplicarse al Derecho gallego y especialmente de sus principios, ideas regulativas o principios regionales, que, si informan nuestro Derecho o lo contienen, son llave de su conocimiento y límites suministrados por el método de inversión.

Hablamos de nuestro Derecho y menos, mucho menos, de ciertas revisiones propuestas por o para la "Consellería" de Justicia, después de las resoluciones

judiciales superiores o supremas, que declaren, conozcan o "acierten" lo usual y acostumbrado, mudándolo en precedente obligatorio.

GARRIGUES sabía bien que las instituciones jurídicas no pueden ser importadas, como si de un tractor o frigorífico se tratase y, podría concluirse, menos pueden ser impuestas, como percal para partes pudendas y CASTRO enseñaba que las figuras jurídicas están insertas en el complejo orgánico, de modo que desarraigadas del propio sistema y trasplantadas a otro, pueden perder eficacia, y producir efectos monstruosos.

Es modo de decir que en materia de Derecho, los experimentos son admisibles con gaseosa, que como pompas de jabón revientan en la resistencia social y en cuerpo de derecho usado, justificando el fraude.

Siempre en el seguro de que con DEL VECCHIO (*Filosofía del Derecho*, Bosch, Barcelona, 1935, n. 23) podemos decir: el Derecho de un pueblo nunca es del todo pasado, ni consumado íntegramente, en él existen residuos, supervivencias de fases anteriores, ininteligibles por sí, pero susceptibles de ser iluminados mediante comparación. Aquello que fue norma jurídica, sobrevive también de cierta manera en el presente y no puede haberse perdido por completo, bien que a menudo se presente velado para el espectador, por haber sido envuelto o incorporado a elementos sobrevenidos y refundidos bajo nuevas formas. Sin embargo, un examen atento permite discernir, por lo menos hasta cierto punto, los diversos estratos de su desarrollo y hasta es posible descubrir en el mismo sistema la historia de su formación. A veces una reliquia, en apariencia insignificante, puede proyectar luz sobre todo un mundo desaparecido, una forma singular conservada por tradición que puede ser hasta inconsciente –una costumbre antigua en desarmonía con el derecho escrito– podrá conducirnos a construir todo un orden de relaciones características de una edad pretérita y desaparecida.

Ser, pues, en el pasado para futuro, pasando sin saber el presente huidizo, es la condición del ser, el único modo de ser de todo lo creado, pero muy especialmente del Derecho y con ayuda de PARMÉNIDES es posible decir que ser en el futuro no es posible, si no se arranca de un principio con las demás cosas.

De todo esto, porque lo hubo, hay un Derecho en esta tierra, necesariamente, a menos de negar nuestra historia, pues no hay otra historia que la Historia del Derecho, como decía A. OTERO VARELA ("Las Partidas...", cit., p. 543).

No dependemos de alta positividad o decisión político–jurídico básica: Constitución española y Estatuto de autonomía de Galicia, donde nuestro Derecho se reconoce como consuetudinario y se declara, implícitamente, inconstitucional cuanto digan leyes, si no se conforman y concuerdan con ese reconocimiento constitucional.

Mucho antes, en este Reino de conquista y permanente reconquista y correspondiente estado de guerra civil más o menos abierta, con eterna crisis de lealtad, ALFONSO IX "el Justiciero" en el Título XXVII del Ordenamiento de Alcalá, hizo escribir:

> Ley primera. Nuestra atención e nuestra voluntad es que los nuestros naturales e

moradores de los Reynos sean mantenidos en pas é en justicia, et como para esto sea menester dar leys ciertas por do se libren los pleitos é las contiendas, que acaescieren entre ellos, é algunas vilas de nuestro Sennorio lo hay por fuero, e otras cibdades e villas hay otros fueron repartidos... por ende queriendo poner remedio convenible a estos establescemos é mandamos que los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas que se usaron, salvo aquello que nos fallaremos que se debe mejorar é enmendar. Sobre todo, la ley primera de Toro y 2.3 de la Novísima repetían la 1.1.44 del Ordenamiento, según la que, aunque los Reys libren cartas o Albales, siendo contra Derecho, ley o fuero usado, no valgan ni sean cumplidas... porque no se presume que el legislador quiera establecer una ley contraria a los fueros y estilos justos, y usados y siendo los de la Real Audiencia de Galicia muy acomodados a las circunstancias del país, aunque haiga ley contraria, deben observarse sin limitación.

VIII

Lo último y primer fundamento, origen y condición de posibilidad de nuestro Derecho: la libertad que informa nuestras instituciones, objeto eminente de investigación del espíritu objetivo y realidad verdadera de este pueblo. El reflejo reflejante que es el uso, la costumbre, la conducta general o modo general de ser y actuar en las relaciones que nos son más comunes, hechas bocas vivientes, expresión de nuestro pensar y voluntad objetiva, en este tiempo y aquí, parecen autorizarnos a proponer o indicar los siguientes principios:

Proposición:

1. El uso es conducta, antes que norma.
2. El uso o costumbre no tiene tiempo de nacimiento, es inveterado, diuturno. La transitoriedad no le es predicable.
3. Nuestro Derecho es consuetudinario y ante el uso común continuado, la ley dispositiva, también la de nuestro Parlamento, cede y no obliga a los gallegos en Galicia ni fuera de Galicia.
4. La ley, en cuanto desarrollo de nuestro Derecho, ha de ser recibida y usada. Sólo así se integra en él.
5. La creación del Derecho compete directa, inmediata y exclusivamente a la colectividad o comunidad cuyos sean los intereses en conflicto.
6. La ley que contradiga costumbre es, cuando más, propuesta de uso contrario.
7. El Tribunal Superior, en cuanto Tribunal de casación, no es primordialmente nomofilático. Sólo puede aplicar ley común después de declarar la inexistencia de uso o costumbre.
8. Sus declaraciones positivas o negativas le vinculan, como precedente y vinculan a los tribunales inferiores y autoridades y organismos del Estado. Las positivas, a todos los tribunales de la nación, incluido el Tribunal Supremo.

9. No sólo por principio de igualdad y prescripción de la arbitrariedad, sino por autoridad de cosa juzgada obligan los pronunciamientos judiciales.

10. Los tribunales y especialmente, el Superior garantizan la eficacia de usos y costumbres y la inaplicación de ley gallega o común que los contradigan.

USOS Y COSTUMBRES PROPIOS DEL DERECHO CIVIL DE GALICIA EN LAS DECISIONES JUDICIALES

"Tantas veces, es mejor, más saludable y conveniente, la norma con asiento en la veteranía de lo acostumbrado que la preñada por ignaros y petulantes discurseadores". (J. Iglesias, *Miniaturas histórico-jurídicas*).

José Seoane Iglesias
Abogado
Numerario de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación

SUMARIO: I. "El Derecho no existe sólo en los textos...". – II. Inquietudes ante la norma consuetudinaria.– III. Algunos aspectos de la prueba de la costumbre: A) 1. Objeto de la prueba de la costumbre. A) 2. El doble aspecto que presenta la costumbre; contemplación de la posibilidad de la aplicación "ex officio". B) Usos y costumbres notorios en el Derecho civil gallego. ¿Qué es hecho notorio?.– IV Aplicación de oficio de la costumbre: su posibilidad. Conformidad en la existencia y contenido.– V. Costumbres legales.– VI. Usos y costumbres fuera del texto legal (recogidos por los tribunales gallegos): 1. *Montes abertales, de varas, de voces o de fabeo*. 2. *Resío y venela*. 3. *Plantaciones de arbolado –eucalipto– en heredad contigua sin guardar distancias*. 4. *Gavia o gabia*. 5. *Costumbre da "cara boa", en elemento divisorio de propiedad* – 6. *Pé de rei o Pé do rei* – VII. A modo de conclusión.

I. "El Derecho no existe sólo en los textos...":

Años atrás, al referirnos a la significación de las fuentes del derecho, recogíamos la opinión que al respecto expusiera el jurista VALLET DE GOYTISOLO, para quien el problema básico del tema de las fuentes del derecho es el tema de la *trascendencia* o la *inmanencia* del derecho respecto del Estado, de la sociedad y de los tribunales de justicia[1]. Al día de hoy, y mucho antes de la entrada en vigor de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, los tribunales de justicia han venido a reconocer y perfilar con su autoridad, dotándolos de contenido actual, "**los usos y costumbres propios**" del Derecho civil de Galicia. No sólo en orden a los usos y costumbres erigidos a norma legal, trasladados o incorporados al articulado de la citada Ley de Derecho civil de Galicia, sino también con relación a determinadas instituciones consuetudinarias que, aun permaneciendo al margen del texto legal, siguen vivas y son aceptadas, en diversas comarcas y lugares, por los sujetos de derecho y por la comunidad social que las demanda y las genera. Y es que el Derecho, conforme enseñaba el historiador PIERRE VILAR –y que también refrendan las resoluciones judiciales de nuestros órganos jurisdiccionales–, "no

[1] Cfr. SEOANE IGLESIAS, J., "Unha aproximación ás fontes do Dereito civil de Galicia", en AA. VV., *Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de Maio)*, Parlamento de Galicia–Asociación Revista Xurídica Galega, s. l., s. f., pp. 22–23.

existe solo en los textos, y no se crea de golpe, por la voluntad o imaginación de los hombres, sino por el impulso espontáneo de las necesidades colectivas, sentidas de manera distinta según el estado de toda clase de técnicas: materiales, económicas o intelectuales"[2].

Sabido es que el artículo 1.º de la Ley 4/1995, prescribe que *"el Derecho civil de Galicia está integrado por los usos y costumbres propios y por las normas contenidas en la presente ley, así como por las demás leyes gallegas que lo conserven, desarrollen o modifiquen"*, añadiendo el artículo 2.º1 del mismo texto legal (con igual redacción, prácticamente, que el artículo 2.º, párrafo final de la Ley 11/1993, de 15 de julio de 1993, reguladora del recurso de casación en materia de Derecho civil especial de Galicia) que *"los usos y costumbres notorios* (con expresa indicación de los que reúnen esa condición o naturaleza) *no requerirán prueba"*, para disponer, en el número 2 del mismo precepto, que *"el Derecho gallego se interpretará e integrará desde los principios generales que lo informan, los usos, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina que encarna la tradición jurídica gallega"*.

Usos y costumbres vivos, persistentes en el tiempo, y que han determinado "el origen consuetudinario" de nuestro Derecho civil, cual se recoge en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 8 de abril de 1998.

Como quiera que el artículo 38.3 del Estatuto de autonomía de Galicia (Ley orgánica 1/1981, de 6 de abril de 1981), al que el legislador calificará de "singular trascendencia para el Derecho civil gallego", dispone que *"en la determinación de las fuentes del Derecho civil, se respetarán por el Estado las normas del Derecho civil gallego"*, la mencionada Ley 4/1995, en su título preliminar, haciendo uso de esta facultad –cfr. la Exposición de Motivos– explicita, en su artículo 1.º, cómo aparece integrado nuestro Derecho civil, "creación genuina del pueblo gallego (que) surge a lo largo de los siglos en la medida en que su necesidad se hace patente, frente a un derecho que, por ser común, negaba nuestras peculiaridades jurídicas...". Visto, en somero ofrecimiento, lo que antecede, fácil es advertir el singular valor asignado por nuestro texto legal a los usos y costumbres, situándolos, dentro del campo de las fuentes del derecho, en un destacado lugar, a tenor de lo que dispone el artículo 3.º2 de la Ley 4/1995. "Usos y costumbres" que, con el mandato de este último precepto, *"no serán de aplicación... cuando fuesen contrarios a leyes imperativas"*, y así observa LORENZO MERINO, que al uso y a la costumbre, como fuente, "se adjudica una posición de privilegio dentro de un aparente equilibrio con la ley no imperativa (vid. art. 3.2)"[3].

---

[2] VILAR, P., *Economía, Derecho, Historia. Conceptos y realidades*, trad. de N. LAGO J. e I. HIERRO, Ariel, Barcelona, 1983, p. 136.

[3] En el "Prólogo" a la *Ley de Derecho civil de Galicia*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 25. Lo que no obsta para que el autor, al referirse al arrendamiento rústico, dentro de la contratación agraria en Galicia (Título V de la LDCG), observe que "el legislador gallego ha conservado, *en cierta medida*, elementos del Derecho histórico y consuetudinario al formalizarlo en el texto de la Ley, pero, al mismo tiempo, *ha actualizado y desarrollado la institución arrendaticia mediante la incorporación a ese texto de reglas que obedecen a principios ajenos, e incluso contrarios, a los de aquel Derecho, pero acordes, en cualquier caso, con las exigencias agrarias del actual momento*" (la cursiva es nuestra). Vid. "La contratación agraria en Galicia e

En su opinión, BELLO JANEIRO[4] matiza que "los usos y costumbres no ceden nunca frente a la Ley gallega, dispositiva o imperativa, y sólo serán de aplicación si no son contrarios a las Leyes imperativas estatales de modo que son preferentes, *a contrario sensu*, a las Leyes estatales dispositivas".

En esta materia, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en sentencia de 24 de julio de 2001[5], ha mantenido que a la costumbre –dado el carácter normativo asignado por el artículo 1.º de la Ley 4/1995 de Derecho civil de Galicia– se le viene otorgando "el mismo rango que a la ley, bien que con la salvedad prevista en su artículo 3.2 respecto a las leyes imperativas frente a las que no cabe oponer uso o costumbre en contrario"; y el mismo Tribunal Superior de Justicia de Galicia, antes de la publicación y entrada en vigor del texto normativo de 1995, en sentencia de 24 de julio de 1990[6], resolviendo la impugnación de una sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo acerca de una demanda de desahucio en precario de fincas rústicas, con base en la infracción de normas del Derecho civil gallego, sentó que "el uso y la costumbre, uno y otro, son la fuente primordial y básica de nuestro Derecho civil Gallego. En general, lo son de todo el Derecho; pero, en particular, son la médula espinal de nuestro Derecho civil de Galicia... Lo que importa es dejar bien claro que... hizo que la costumbre y el uso fuese no sólo la creación, sino también el refugio del Derecho nuestro que vivió y vive arropado en el espíritu del pueblo gallego (...)".

II. Inquietudes ante la norma consuetudinaria:

No obstante, siguen siendo numerosas las voces que se pronuncian en contra de esa prioridad o, cuando menos, la cuestionan. Básicamente, en razón de que la norma consuetudinaria no proporciona la exigible y necesaria seguridad jurídica (la ley, enseñaba CASTÁN TOBEÑAS[7], "se recomienda por la *seguridad* y *estabilidad* que imprime al Derecho"), a la par que la tendencia o la cultura jurídica de los tiempos modernos –se dice– no propician la presencia de una fuente de derecho entendida

---

intervención administrativa", en *Empresa Agraria y Administración Pública*, D. BELLO JANEIRO y F. J. LORENZO MERINO (coordinadores), Escola Galega de Administración Pública, Santiago de Compostela, 1998, pp. 88 y ss.

[4] BELLO JANEIRO, D., *El ejercicio de la competencia en materia civil por la Comunidad Autónoma Gallega: la Ley 4/1995, de 24 de mayo*, Montecorvo, Madrid, 1999, p. 93. El autor llega a esta conclusión porque, según expone, "carece de ulterior significado, en orden a la jerarquía, la enumeración en primer lugar de los usos y costumbres en el artículo 1 de nuestra Ley de suerte que sólo tiene sentido desde una perspectiva lógico–sistemática el párrafo segundo del artículo 3 si se entiende que la referencia a la Ley imperativa es a la norma estatal...".

[5] Ar. 6548. Ponente: J. J. REIGOSA GONZÁLEZ.

[6] Ar. 5228 (1992). Ponente: J. A. GARCÍA CARIDAD.

[7] En *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo I, volumen 1.º, 12.ª edición, revisada y puesta al día por J. L. DE LOS MOZOS, Reus, Madrid, 1986, p. 453.

como residual o de menor entidad, subordinada[8] sobre todo, frente a la ley. Para PIZZORUSSO, a finales de los años ochenta, "el problema del papel de la costumbre se presentaba como el problema de su eficacia técnica"[9].

En lo atinente a la seguridad jurídica, bueno será reconducir la exigencia del principio que proclama el artículo 9.º3 de la Constitución española, para cumplir atinadamente con él, a lo que realmente debe ser o deba entenderse, es decir, al logro de la "certeza del Derecho" (cfr. STC Pleno, de 28 de junio de 1994[10]); y, de igual manera, tampoco han de echarse en el olvido las precisiones que años atrás formulaba VALLET DE GOYTISOLO[11], apreciables todavía en la época presente, apuntando, en principio, que "las leyes proporcionan una seguridad jurídica de la que no están dotadas otras normas. Sin embargo, –dirá, en una clara llamada de atención– la ley desgajada de las costumbres y de la interpretación usual, ofrece *muy poca seguridad jurídica*; pues, con la justificación de que la propia interpretación es la única fiel al texto legal, estamos viendo los profesionales del derecho..., cómo, de repente, la sucesión de un funcionario calificador produce un cambio a veces importante, incluso de signo contrario a lo que se había venido entendiendo unánimemente...". Instalada en la época presente, la opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA[12] revela igualmente esa suerte de inquietud al significar que "la sociedad se nos aparece inundada por una marea incontenible de Leyes y Reglamentos, no sólo no estables, sino en estado de perpetua ebullición y de cambio frenético"; y, apoyado en ORTEGA, estimará que "esta multiplicación incontenible de las Leyes afecta a un valor sustancial de la vida humana, *la seguridad jurídica*".

---

[8] Baste citar a LAMBERT, RÜMELIN, ESMEIN y, sobremanera, AUSTIN, quien consideraba derecho consuetudinario solamente al derecho judicial (Vid. ENNECERUS–KIPP–WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, tomo. I–1.º, ENNECERUS–NIPPERDY, *Parte General*, trad. B. PÉREZ GONZÁLEZ Y J. ALGUER, 2.ª edición al cuidado de J. PUIG BRUTAU, Bosch, Barcelona, 1953, p. 153). J. CASTÁN TOBEÑAS (ob. cit., p. 459), mencionando a LAMBERT, refería que "en la formación del Derecho consuetudinario tienen, a su juicio, una parte principal y preponderante la doctrina, la ciencia y sobre todo la jurisprudencia". Vid., además, L. PRIETO, en *Lecciones de Teoría del Derecho*, McGraw–Hill, Madrid, 1997, p. 319: "El Derecho del mundo moderno es fundamentalmente un Derecho legal y jurisprudencial, ...de manera que un Derecho popular como el representado por *la costumbre* desempeña un papel muy secundario, ya que, en definitiva, se expresa o exterioriza *casi siempre a través de la ley o de la sentencia judicial*..." (cursiva nuestra).

[9] A. PIZZORUSSO, *Curso de derecho comparado*, trad. de J. BIGNOZZI, Ariel, Barcelona, 1987, p. 161, y las soluciones que pueda tener –decía– no están ligadas ni al tipo de forma de la organización jurídica adoptada, ni a la pertenencia del ordenamiento a uno de los tres clásicos campos del *civil law, common law o soviet law*.

[10] Ar. TC 195.

[11] J. VALLET DE GOYTISOLO, en *Estudios sobre el Título Preliminar del Código Civil, Parte General*, Vol. I, Academia Matritense del Notariado, Edersa, Madrid, 1977, pp. 15 y 16. En la misma obra (p. 54), y sobre el valor de la costumbre en el nuevo título preliminar del Código Civil, L. DÍEZ–PICAZO atiende a lo que llama una quiebra del viejo principio burgués, que veía en la ley la fuente de toda seguridad y, especialmente, de la seguridad de los negocios. Parece confiarse en que una espontánea respuesta social, por la vía de los usos, sea más adecuada, frente a un reto que es también social, quizá porque, en el fondo, se desconfía de la legalidad... Naturalmente, –precisa– cuando la ley es justamente elaborada y justamente decidida, lo cual nos lleva, como casi siempre, a los inevitables confines de Derecho y política.

[12] E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 47 a 49.

En este mismo orden de cosas, la concreción de la costumbre puede conseguirse a través de la forma escrita, con lo que la posible inseguridad jurídica que pudiera derivarse de la falta de esa forma se salvaría mediante el dato documentado, alejando así los temores de la inconcreción, sin que existan dificultades serias para ello[13].

Son patentes e indiscutibles, en el mundo de hoy, las profundas mutaciones sobrevenidas a la norma legal, hablándose, por ejemplo, del "debilitamiento" y "declive de su centralidad"[14], de la llamada "pulverización del derecho legislativo"[15], o sencilla y llanamente, como hace PRIETO SANCHÍS[16], de que "la ley ya no es lo que era" por una muy elemental razón, entre otras distintas que examina, y "es que existe una Constitución..., una norma superior a cualquier otra, dotada además de un densísimo contenido material o sustantivo con vocación de determinar no sólo

---

[13] A. GULLÓN BALLESTEROS, en *Comentarios al Código Civil*, tomo I, bajo la coordinación de I. SIERRA GIL DE LA CUESTA, Bosch, Barcelona, 2000, pp. 346 y 347, explica que el fenómeno de la recopilación o fijación escrita de las costumbres "ha sido históricamente frecuente (recopilación del Droit Coutumier francés en los siglos XVI y XVII y de muchos fueros municipales y costumbres locales en el Derecho histórico español). Igualmente –dice– en el mundo contemporáneo; determinadas reglas del comercio internacional, que no tienen otro valor que el de puros usos mercantiles, quedan fijadas por escrito para su mejor conocimiento y su más fiel aplicación. V. FAIRÉN GUILLÉN (citado por C. DE LA VEGA BENAYAS, *Teoría, aplicación y eficacia en las normas del Código Civil*, Civitas, Madrid, 1976, p. 63), indicaba –mediado el siglo pasado– que "se carece en España... de una o varias publicaciones oficiales periódicas que recojan las costumbres jurídicas en el estado que en su momento se hallen, al estilo de los "Raccolte ufficiali di usi", ...de Italia". Carencia que, al día de hoy, y salvo superior precisión, continúa. Necesidad que ya fue sentida por A. GARCÍA RAMOS, en su conocida obra *Arqueología jurídico–consuetudinaria–económica de la región gallega (Madrid (1912)*, edición del Consello da Cultura Galega, Santiago de Compostela, s/f., pp. 8–9, quien recogía la opinión de notables jurisconsultos en el Congreso jurídico español (20 de noviembre de 1886), en cuya conclusión 5.ª se pedía que "Las costumbres vigentes en la actualidad dentro del territorio español *deben recolectarse oficialmente* por medio de informaciones, etc., para que sirvan de materiales, al par de las leyes, en las codificaciones que se están preparando e igualmente en las futuras".

[14] Vid., al respecto, M. GASCÓN ABELLÁN, "El imperio de la ley. Motivos para el desencanto", *Jueces para la democracia*, núm. 32 (1998), pp. 33 a 35. La ley –cree la autora– ha perdido hoy su posición central en el sistema de fuentes no sólo como consecuencia "directa" del carácter normativo de la Constitución..., sino también como consecuencia "indirecta" de la crisis, más general, de la estabilidad del Derecho... En adelante, el Derecho de origen estatal, y en particular la ley, deberán convivir (y en ocasiones ceder completamente el paso) con otras manifestaciones jurídicas distintas: normas de organizaciones internacionales o supranacionales (de Derecho comunitario en los países de la Unión Europea), normas regionales o autónomas...".

[15] Ocasionada –escribe G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de MARINA GASCÓN, Trotta, Madrid, 1995, pp. 36–37– por la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, es decir, "de reducida generalidad o de bajo grado de abstracción", explicando que "las razones de la actual desaparición de las características 'clásicas' de la ley pueden buscarse sobre todo en los caracteres de nuestra sociedad, condicionada por una amplia diversificación de grupos y estratos sociales que participan en el 'mercado de las leyes'".

[16] L. PRIETO SANCHÍS, *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 2–3 y 17 a 31. "La preeminencia de la Constitución sobre la ley, el desplazamiento de las reglas por los principios y la voluntad de brindar plena tutela a los derechos fundamentales, tiene una consecuencia relevante que no cabe ocultar, y que incluso para algunos resulta inquietante y hasta escandalosa: los jueces, si es que no se convierten en los nuevos señores del Derecho, al menos sí pasan a ocupar esferas de decisión antes encomendadas al legislador o, en general, a los órganos de naturaleza política (...)".

'quién' y 'cómo' se manda, sino también, hasta cierto punto, 'qué' puede y no puede mandarse".

Con todo, la importancia y prevalencia de la "fuente legal" sigue ofreciéndose en perceptible medida a cualquier observador que se acerque al estudio de esta materia, no obstante haya de mantenerse, igualmente, que ningún texto legal "agota la experiencia jurídica"[17]. Sin embargo, ello no impide que la norma consuetudinaria, aun con las limitaciones[18] a que se ve sometida en las legislaciones modernas, continúe aportando, en ocasiones, soluciones que el texto legal, por sus lagunas, no puede llevar a cabo o no ha estimado hacerlo. La consagración o persistencia de la costumbre aparece reconocida en la generalidad de los ordenamientos jurídicos occidentales, y su valoración para el legislador gallego[19], resulta sobradamente evidenciada, tanto como lo es su aplicación por los tribunales de nuestra Comunidad Autónoma cuando la correcta decisión del caso lo impone, relevando de su prueba ante usos y costumbres notorios, pues que los de esta sentencia tipo o condición "no requieren prueba ante los Tribunales para su aplicación" (cfr. FJ 2.º STSJG de 12 de mayo de 2000[20]).

III. Algunos aspectos de la prueba de la costumbre:

A) 1. Objeto de la prueba de la costumbre

En generalizado y conocido alcance, el *objeto de la prueba* lo constituyen *los hechos* y, en específica concreción, dentro del sistema de nuestro ordenamiento procesal civil (cfr. art. 281.1 LEC 1/2000), aquellos *"que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso"*, siquiera debamos señalar, como igualmente es admitido y señalado por la ley, que no todos ellos integrarán el objeto de la probanza. También, bajo ciertas condiciones, podrá ser objeto de prueba *la norma jurídica* (costumbre y derecho extranjero).

Centrándonos en *la costumbre*, el Código civil, en el artículo 3.º1, preceptúa, para su aplicación, que "resulte probada", y la citada Ley de enjuiciamiento civil (art. 281.2) dispone que será "objeto de prueba"; no obstante, esta actividad deja de ser necesaria *"si las partes estuvieren conformes en* su existencia y contenido *y sus*

---

[17] *Ibid.*, p. 20.

[18] La costumbre no puede nunca integrar una norma sancionadora (cfr. STC de 27 de enero de 1994, Ar. TC .26), ni es fuente del Derecho procesal (cfr. STS de 28 de abril de 1998, Ar. 3263), ni regula los llamados derechos fundamentales (cfr. art. 53 CE) ni, por respeto al principio de legalidad penal (art. 25 CE), es admisible como fuente en el *ius puniendi*, aunque pudiera haber servido de base, en la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1904, con motivo de un hurto de leña, a una *exceptio doli*.

[19] J. M.ª PENA LÓPEZ, "Artículos 1 a 3 de la Ley de Derecho civil de Galicia", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO y S. DÍAZ ALABART, tomo XXXII, volumen 1.º, Edersa, Madrid, 1997, p. 28, escribe que "en el sistema gallego de fuentes, como corresponde a su origen consuetudinario, la costumbre tiene un mayor peso que en el Código Civil porque prevalece sobre las normas dispositivas y tiene eficacia interpretativa de todas las normas (*ex* art. 3.º LDCG)", e incluso –p. 30– "...eficacia generadora de normas jurídicas (no simplemente, como ocurría en la Compilación, con eficacia meramente interpretativa...), (lo que) constituye una novedad, en el seno del Derecho civil foral gallego...".

[20] Ar. 4314 (2001). Ponente: P. SAAVEDRA RODRÍGUEZ.

normas no afectasen al orden público".

Lo que pueda constituir *objeto de la prueba de la costumbre*, figura entendido de diversa manera entre algunos de los autores que se han acercado al examen de este importante y significativo aspecto de la materia tratada. En tanto que la *"existencia y condición"* de la costumbre son lo determinante para GÓMEZ ORBANEJA[21], DE LA OLIVA SANTOS y FERNÁNDEZ considerarán que "no es suficiente convencer al tribunal de la realidad de una conducta repetida, sino que es preciso llevar a él la convicción de la *opinio iuris seu necessitatis"*[22], requisito éste "tan subjetivo" para DÍEZ–PICAZO y GULLÓN[23] que, por esa razón, ha de quedar al margen de la prueba, para dar paso a "las conductas reiteradas y uniformes que repiten un cierto modelo, una cierta regla, [y] este modelo o regla ha de haber servido para decidir conflictos o controversias, o para la regulación de actos o negocios jurídicos. *Esto es lo que efectivamente se ha de probar para dar fe de la existencia* de una costumbre...". La costumbre jurídica –decía ALCALÁ–ZAMORA Y CASTILLO[24]– "es norma jurídica de igual entidad que la ley, y lo que es objeto de prueba respecto de ella es *el hecho de su existencia*".

A) El doble aspecto que presenta la costumbre: contemplación de la posibilidad de la aplicación "ex officio":

La razón de la necesidad probatoria de usos *y costumbres*, en la estima de algunos comentaristas[25], reside en "su propia naturaleza y forma de producción, lo que hace que los órganos del Estado y, en especial, los Tribunales no estén en condiciones de conocerla", o en que "es imposible exigir a los jueces el conocimiento de todas las costumbres de todos los lugares de España". Acaso, por ello, nuestro Tribunal Supremo ha venido sosteniendo que la costumbre "debe ser probada" (cfr. SSTS de 19 de enero de 1987, 2 de abril de 1993 y 16 de noviembre de 1994), o, en idéntico sentido, "precisa que se alegue y se pruebe por la parte que sostenga un derecho (STS de 4 de octubre de 1982)[26], y es que las resoluciones judiciales, al consignar que la costumbre presenta en su estructura un aspecto fáctico y otro normativo, estimaron imprescindible sujetar el primero de ellos "a la prueba ante los Tribunales" (cfr. STS de 24 de febrero de 1962[27], que cita las sentencias de 8

---

[21] En ob. cit., p. 285.

[22] A. DE LA OLIVA SANTOS y M. A. FERNÁNDEZ, *Derecho Procesal Civil*, II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, p. 273.

[23] L. DÍEZ–PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil,* volumen I., 6.ª edición, Tecnos, Madrid, 1988, p. 143.

[24] N. ALCALÁ–ZAMORA Y CASTILLO, "La Prueba del Derecho consuetudinario", *Revista de Derecho Privado*, núm. 248, 15 de mayo de 1934, p. 149: "lo mismo que sucede con la ley extranjera, que no por serlo deja de ser ley, aunque el legislador releve al Juez de conocer obligatoriamente ambas categorías de normas, que es lo que justifica que cuando le sean desconocidas se proceda a inquirir su existencia".

[25] Vid., entre otros, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ–CANO, *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi, Navarra, 2001, p. 22, y J. MONTERO AROCA, *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 262.

[26] Ar. 305, Ar. 2985, Ar. 8837 y Ar. 5537, respectivamente.

[27] Ar. 717.

de noviembre de 1911, 25 de junio de 1920 y 14 de abril de 1928, entre otras). El "*doble aspecto que presenta la costumbre* [que] *aparte de ser derecho es un hecho...*" se muestra asimismo en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 1 de diciembre de 1994[28]. Bien es verdad, y así lo registraban en la doctrina española BATLLE VÁZQUEZ[29], ALBALADEJO[30] y CASTÁN TOBEÑAS[31], entre otros autores, invocando doctrinas autorizadas (DE DIEGO, VALVERDE y ALCALÁ–ZAMORA Y CASTILLO) y la misma jurisprudencia (SSTS, Sala de lo Social, de 12 de marzo de 1964 y 20 de enero de 1966), que nada impide que el juzgador aplique de oficio la costumbre, "cuando le conste su existencia" o "su vigencia"; posibilitando, cuando no la conozca, la investigación de oficio para acceder a ella, y si es "una costumbre 'notoria', el tribunal puede aplicarla aunque no conste su prueba formal en los autos"[32].

En este sentido, nos parece sumamente aclaratoria la actualizada opinión del procesalista VERGER GRAU[33], refiriéndose al objeto de la prueba en la Ley 1/2000, al decirnos que "la actividad que *de oficio acuerde realizar el tribunal* para averiguar la vigencia, alcance e interpretación del derecho extranjero o de *la costumbre* es la misma que la que realiza para investigar esos mismos aspectos del derecho estatal vigente y no implica, sin embargo, una actitud inquisitiva sobre el objeto del proceso, sobre los 'hechos históricos' en debate, sino la que corresponde realizar sobre *el Derecho –iura novit curia–* y por ello el tribunal no pone en peligro su neutralidad como juez 'del hecho'; del *juicio histórico*".

B) Usos y costumbres notorios en el Derecho civil gallego. ¿Qué es hecho notorio?:

Instalados en el Derecho civil gallego, aceptado debe quedar que *la costumbre* no es, estrictamente, "una fuente secundaria", ya que, como vimos, reiterándolo ahora, ostenta "una posición de privilegio dentro de un aparente equilibrio con la ley no imperativa" (LORENZO MERINO) y "un mayor peso que en el Código Civil" (PENA LÓPEZ), con "el mismo rango que la ley, bien que con la salvedad prevista en su art. 3.2 respecto a las leyes imperativas, frente a las que no cabe oponer usos o costumbres en contrario" (cfr. citada STSJG, de 24 de julio de 2001), sin obviar que el "*uso o costumbre no deja de ser la base* del Derecho civil de Galicia" (STSJG de 20 de marzo de 2000)[34].

En la Ley 4/1995, de Derecho civil de Galicia, el artículo 2.º1 de dicho

---

[28] Ar. 4251 (1995), FJ 2.º. Ponente: P. SAAVEDRA RODRÍGUEZ.

[29] M. BATLLE VÁZQUEZ, "Artículos 1 a 41 del Código civil", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, tomo I, Edersa, Madrid, 1978, pp. 55–56.

[30] M. ALBALADEJO, *Derecho Civil, I, Introducción y Parte General*, volumen primero. *Introducción y Derecho de la persona*, 12.ª edición, Bosch, Barcelona, 1991, pp. 107–108.

[31] J. CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., p. 488.

[32] Así, J. SANTOS BRIZ, *Derecho Civil. Teoría y práctica*, tomo I, Edersa, Madrid, 1978.

[33] J. VERGER GRAU, "Disposiciones Generales de la Prueba. Prueba de Interrogatorio de Partes y Testigos", *Revista Xurídica Galega*, núm. 27 (2000), p. 249.

[34] Ar. 4243 (2000), FJ 6.º. Ponente: J. J. REIGOSA GONZÁLEZ.

cuerpo legal contiene la expresa declaración de que "*los usos y costumbres* ***notorios*** *no requerirán prueba*", sin que se imponga, como en el Derecho civil estatal, que la notoriedad haya de ser "absoluta y general", admitiéndose, además de "los notorios" relacionados en el texto legal, según reconoció el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en su sentencia de 12 de mayo de 2000[35], "*otros usos y costumbres notorios si existe constancia objetiva de su conocimiento generalizado*".

La no necesidad de prueba de los hechos que gocen de "notoriedad absoluta y general" aparece recogida en el artículo 281.4 de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil, siquiera, dentro de la doctrina procesal actual, y por algunos autores, el alcance y correcto entendimiento de esa expresión sea objeto de debate[36].

En el Derecho civil de Galicia, y como uno de los motivos que permite interponer el recurso de casación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (cfr. art. 2.º2.º, en relación con el artículo 1.º de la Ley 11/1993, de 15 de julio), figura el *"error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre"*[37], preceptuándose en el apartado segundo de ese mismo artículo que los "*usos y costumbres notorios* (sin mención alguna de las citadas notas de la LEC) *no requerirán prueba*". A los efectos de este recurso, el legislador gallego sostiene que *"son notorios* (cfr. art. 2.2, *in fine*, de la citada Ley 11/1993), *además de los usos y costumbres compilados, los aplicados por el Tribunal Supremo, por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia o por la antigua Audiencia Territorial de Galicia"*.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en la citada sentencia de 12 de mayo de 2000, con referencia a uso y costumbre notorios, "resío" y "venela", viene a recordarnos, clarificando esta cuestión, que "la notoriedad es un predicamento de lo que es público y sabido de todos, y ello es así si existe constancia de ese conocimiento general con independencia de que esté o no recogido por la jurisprudencia o compilado. Lo que establece la norma es que si el uso o costumbre está compilado o recogido en las sentencias de los citados tribunales, adquiere la condición de notorio y no precisa prueba de su existencia, pero no quita que existan otros usos o costumbres notorios si existe constancia objetiva de su conocimiento generalizado. En tales casos tampoco se precisa la prueba del uso o costumbre".

---

[35] Ar. 4314, FJ 2.º. Ponente: P. SAAVEDRA RODRÍGUEZ.

[36] Vid. J. MONTERO AROCA, *El nuevo proceso civil...*, p. 260, ya que "no existe hecho alguno que pueda ser notorio de modo absoluto y general. Todos los hechos notorios lo son con relación a un tiempo y a un espacio determinados..., por lo que habrá de entenderse que lo que quiere decir el art. 281.4 es que la notoriedad no debe confundirse con: 1.º) Los hechos conocidos privadamente por el juez... 2.º) La fama pública o el rumor..." y R. GARCIMARTÍN MORENO, "Artículo 281", en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, F. CORDÓN MONTERO y otros (coord.), volumen I, Aranzadi, Elcano (Navarra), 2000, pp. 1005 y 1006.

[37] Que "no consiente efectuar una impugnación de la apreciación de la prueba realizada por la Sala de instancia, tal y como hemos subrayado con insistencia (por todas, STSJG 18/2000, de 16 junio, [RJ 2001\4320])", según se lee en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de octubre de 2000, bajo la ponencia de D. PABLO SANDE GARCÍA (Ar. 4326, de 2001).

El artículo 2.º1 de la Ley 4/1995, de Derecho civil de Galicia resulta, prácticamente, una copia del artículo 2.º2.º, párrafo final, de la Ley 11/1993, y, como apreció GARCÍA RUBIO[38], sigue recogiendo la expresión "usos y costumbres compilados", en razón a que la norma reguladora del recurso de casación se dicta "en un momento en que todavía existía técnicamente la compilación; ahora ya no hay costumbres compiladas porque no hay Compilación...". Aunque no deja de advertirse que todavía se hable en la doctrina de los tribunales, al día de hoy y derogada ya la Compilación de 1963, de uso o costumbre "compilado", como, por ejemplo, lo hace la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de mayo de 2000, a la que nos referiremos más adelante, donde se puede leer que "...si el uso o costumbre está compilado o recogido en las sentencias... adquiere la condición de notorio y no precisa prueba de su existencia".

Respecto del hecho notorio, el brocardo jurídico *notorium non eget probatione* (lo evidente no requiere prueba), ha venido entendiéndose como principio general. El hecho notorio –decía GÓMEZ ORBANEJA[39], medio siglo atrás– no necesita ser probado, pero necesita, en cambio, ser alegado, configurando lo notorio como lo conocido por todos y, consecuentemente, por el juez: no lo que conozca el juez privadamente, separándolo, además, para no confundirlo, de la máxima de experiencia, porque –dice– las máximas de experiencia son principios o reglas, no hechos.

Los inconvenientes que presenta la correcta conceptuación de la notoriedad también fueron puestos de relieve por la Sala 2.ª del Tribunal Constitucional, como se puede ver en su sentencia de 19 de mayo de 1986[40]. El fundamento jurídico 5, desgranando una serie de estimaciones acerca de la relatividad e indeterminación de lo notorio, posibilidad de que el juzgador acoja de oficio el hecho notorio, así como la distinción, a efectos de carga de la prueba, entre lo relevante y aquello que no es más que circunstancial, declara que "en el ámbito de la aplicación judicial del Derecho, y más en concreto en la apreciación de la prueba, es discutible la posibilidad de que el juez pueda aportar, <ex officio>, o tener en cuenta un hecho de conocimiento notorio en cuanto ello pudiera afectar al principio de imparcialidad y de contradicción procesal. Es expresión consagrada la de que los hechos notorios no necesitan prueba, frase en cierto modo tautológica, pues para ser cierta se precisaría saber antes qué hechos son notorios, ya que la notoriedad es un concepto relativo e indeterminado, vario y plural, y lo mismo puede referirse a hechos procesales que extraprocesales (...) En principio, pues, ...no hay incorrección en la posibilidad de que el Juez pueda tener en cuenta de oficio el hecho notorio. Pero si eso es fácilmente admisible en cuanto a hechos o circunstancias cualitativamente complementarias, respecto del derecho o interés discutido, puede ser más discutible si el hecho pudiera afectar al fundamento mismo, básico, de la demanda o pretensión.

---

[38] M.ª P. GARCÍA RUBIO, "Las fuentes del Derecho civil gallego", en AA. VV., *Manual de Derecho civil gallego*, Colex, Madrid, 1999, p. 43. Los usos y costumbres compilados, "al estar incorporados a la 'Compilación', ya no son costumbre sino Ley" (cfr. D. BELLO JANEIRO, ob. cit., p. 90).

[39] E. GÓMEZ ORBANEJA y V. HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal*, volumen I. *Derecho procesal civil*, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1955, p. 288.

[40] Ar. TC, 59. Ponente: C. DE LA VEGA BENAYAS.

Cierto que esto constituye una hipótesis o supuesto bastante improbable, incluso ingenuo, pues es difícil pensar que no se alegue en la demanda su hecho básico o fundante, constitutivo de la 'causa petendi'. Pero en todo caso sería mucho más cuestionable que el Juez, apreciándolo como hecho notorio, sustituyera a la actividad de la parte, constituyéndose indebidamente en su asesor jurídico. Está justificada, pues, la precaución respecto a la prueba por notoriedad del hecho relevante y habrá siempre que discriminar, por tanto, si la notoriedad se refiere al hecho relevante o a los complementarios y circunstancias, por ser la aportación y alegación del primero una carga de la parte y un derecho de la contraria (...)". Por su parte, para el ordenamiento jurídico–civil gallego, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en la citada sentencia de 12 de mayo de 2000, ha tenido ocasión de pronunciarse, como hemos visto atrás, sobre la *notoriedad.*

Con anterioridad, ya la misma Sala de lo Civil y Penal del citado Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en su sentencia de 2 de diciembre de 1997[41], enseña que "o feito notorio de que a Lei fala é o uso ou o costume que determinan a esencia fáctica da institución de que en cada caso se trate, o que a define desde o que foi usual na súa creación en función dos seus fins efectivos que en tal modo son facilitados e esa notoriedade que non pode quedar reducida á limitación que, sen embargo, parece face–la norma confundindo feito notorio –de entidade propia desde o costume creador do dereito– coa innecesariedade da súa proba ante uns medios reveladores –a compilación do uso ou costume que son a súa base, a aplicación destes polo TS, polo TSXG e pola súa antiga AT– que non son únicos desde o momento en que o seu valor non está na súa proba senón na súa forza integradora da institución de posible probanza por calquear medio". Hecho notorio no es, meramente, el que no necesita de probanza, por cuanto no cabe confundir aquél con la innecesariedad de su acreditación, sino el que nos indica lo constitutivo o integrador de la realidad institucional examinada u objeto de debate.

Advierte, además, la resolución judicial citada que, con independencia de la determinación del hecho notorio y de su correcta conceptuación, se hace preciso señalar, por quien acude a este remedio procesal, "cal é o feito notorio ou o uso ou costume infrinxido", so pena de que el recurso emprendido pueda resultar rechazado o inadmitido.

IV. Aplicación de oficio de la costumbre: su posibilidad. Conformidad en la existencia y contenido:

Más allá de los supuestos de *notoriedad*, el texto legal gallego nada dice, por lo que, y en principio, quien sostenga la vigencia y aplicación de una costumbre deberá efectuar su alegación y prueba[42], a salvo, claro es –en consonancia con el

[41] *Revista Xurídica Galega*, núm. 18 (1998), pp. 70 a 72. Ponente J. R. VÁZQUEZ SANDES.

[42] Y así resulta de las resoluciones de nuestros órganos jurisdiccionales, sirviendo de ejemplo, entre otras muchas, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 29 de abril y 4 de junio de 1999 (Ar. 4623 y Ar. 4626, respectivamente). En la primera de ellas, bajo la ponencia de P. SAAVEDRA RODRÍGUEZ, además de sostener que la Sala no estima que la prescripción inmemorial sea costumbre gallega, señala que "*la citada costumbre ni fue probada en el juicio* como tal derecho consuetudinario

artículo 281.2 Lec– que *"las partes* estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público"; e igualmente, cuando el juzgador, de oficio, y por conocimiento de la norma consuetudinaria, la estime aplicable[43], o apareciese reconocida en anteriores sentencias[44].

Sin que deba resultar impedimento insuperable para la aplicación *ex officio* de la norma consuetudinaria, y en los casos en que proceda, el sistema en el que sigue inspirándose la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil (cfr. epígrafe VI de su Exposición de Motivos), mantenedor del *principio de justicia rogada* o *principio dispositivo* (art. 216 Lec)[45], al amparo del cual "no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados...", sino que "es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, *alegar y probar los hechos* y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela", porque también se precisa en dicha interpretación auténtica que "esta inspiración fundamental del proceso no constituye, en absoluto, un obstáculo para que, como se hace en esta Ley, *el tribunal aplique el Derecho que conoce dentro de los límites marcados por la faceta jurídica de la causa de pedir...*". Consecuente, pues, con la disposición del artículo 218.1, II de la Ley de enjuiciamiento civil (cuyo contenido no es asimilable al del artículo 209.3.º Lec), al dejar claro que *"el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir*[46], ...resolverá conforme a las normas aplicables al

---

gallego, ni puesta de manifiesto su notoriedad conforme a lo dispuesto en el último párrafo del art. 2.º de la Ley 11/1993 del Parlamento Gallego o el art. 2.1 de la LDCG". Precisa la segunda sentencia, bajo la ponencia de J. J. REIGOSA GONZÁLEZ, que no ha existido desconocimiento de una costumbre gallega (la de "cara boa"), sino que se han valorado las pruebas practicadas –valoración de prueba que compete a la instancia– sin que se acepte la prevalencia de la mentada costumbre sobre la presunción contenida en el artículo 33 de la Ley de Derecho civil de Galicia (cómaro), resolviendo que "las conclusiones probatorias –por tanto, exigencia de prueba– son las que determinarán la aplicación de una u otro..."; y en la tercera de aquéllas, bajo la ponencia de M. PÉREZ–BATALLÓN, con mención de la denominada costumbre de "pé de rei", se considera que, para su admisibilidad y aplicación, "sería necesaria la prueba de la existencia y contenido de tal norma consuetudinaria, como es preceptivo para el uso y costumbre que no sea notorio".

[43] J. SANTOS BRIZ, ob. cit., p. 174, precisa que "...el tribunal no se halla frente a la prueba de la costumbre en el mismo plano que frente a la prueba de los hechos, ya que la costumbre es una norma jurídica que puede conocer el tribunal y, por tanto, aplicar cuando "resulte" probada...Resultado que puede derivarse bien de los autos o bien, fuera de ellos, del ambiente social en que el tribunal se halla".

[44] N. ALCALÁ–ZAMORA Y CASTILLO ("La Prueba...", ob. cit., p. 147), estima que la costumbre reconocida en sentencias anteriores no debe ser objeto de nueva investigación o prueba; "bastará con que la parte interesada invoque las sentencias en que esté reconocida la sentencia que alega (en la misma forma que cuando se cree amparada por un artículo de cualquier Código), porque con ello –dice– ya el Juez no puede escudarse en la ignorancia del precepto a aplicar. Y es más, creo que cuando la costumbre esté registrada por la jurisprudencia, en el caso de que la parte contraria esgrima la fuerza derogatoria del desuso, tendrá que ser ella quien pruebe tal desuso (...)".

[45] Al lado de los principios de aportación de parte (iniciativa de la actividad probatoria, cfr. art. 282 Lec), y de adquisición procesal (si existe prueba en los autos, nada importa quién la haya llevado a los mismos: STS 25.3.1991).

[46] La causa de pedir no es la fundamentación jurídica de la demanda, sino los acontecimientos de la vida en que se apoya, el fundamento histórico de la acción (cfr. STS de 13 de diciembre de 1996) o fundamento histórico de la demanda (cfr. STS de 3 de febrero de 1992, *La Ley*, Archivo, 1992, 2905). Sin embargo, se ha sostenido por I. TAPIA FERNÁNDEZ (*El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa Juzgada*, La

caso, *aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes"*. Indudable resulta que el tribunal tiene presente que la costumbre no es única y exclusivamente un hecho pues que, como se ha dicho, "produce una norma de derecho", y como tal norma jurídica, constándole al juez su existencia o su vigencia, sí puede aplicarla; máxime cuando la fundamentación jurídica de las partes en la litis no le vincula (cfr. STS de 31 de octubre de 1996)[47], "en virtud del principio '*iura novit curia*', que autoriza ciertamente la aplicación por el juzgador de normas no invocadas expresamente por las partes, (aunque) no, desde luego, la introducción de oficio de hechos no alegados por las propias partes ni la alteración de la causa de pedir (cfr. STS de 29 de enero de 2001)[48], sabiendo además que "las normas de las Comunidades Autónomas entran dentro del ámbito de actuación" del citado principio (cfr. STS de 17 de julio 2000)[49].

En cualquier caso, y aunque no se acepte o se entienda forzada la referencia al invocado precepto de la Ley procesal civil, resulta que la llamada "iniciativa judicial" para la apreciación y aplicación de la costumbre, además de advertirse en algún texto legislativo de los antiguos Derechos forales, cual es el de la Compilación del Derecho civil de Aragón, señalando en su artículo 2.º2 que *"Los Tribunales apreciarán la existencia de la costumbre* a virtud de su propio conocimiento y de las pruebas aportadas por los litigantes", también ha merecido la acogida del mundo de la doctrina, y en campos tan dispares como los del ordenamiento procesal y la Filosofía del Derecho[50].

Nuestra Ley procesal, como vimos atrás, dispone que *"la prueba de la costumbre no será necesaria si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público"*. De ahí que, faltando tal acuerdo, y *a contrario sensu,* parece que las probanzas versarán sobre tales datos, justificando, además, que no resulte afectado el "orden público"[51].

Ley, Madrid, 2000, pp. 115 a 121) que "la causa de pedir no la integran sólo los hechos alegados por las partes, sino que la individualizan estos hechos enmarcados en la fundamentación jurídica que la parte ha querido hacer valer".

[47] Ar. 7723, FJ 5.º

[48] Ar 531, FJ 5.º. "Como tiene señalado la importante sentencia de este Tribunal de 27 de marzo de 2001, en el ámbito de aplicación del derecho al punto controvertido admite una gran elasticidad sin incurrir por ello en el cambio de pretensión, conforme a los principios de 'iura novit curia' y 'da mihi factum, dabo tibi ius' (...)"(STS de 5 de julio de 2001, Ar. 4993, FJ 4.º). En análogo sentido, y entre otras, la STS de 9 de abril de 2001 (Ar. 2389, FJ 3.º), y la STSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de diciembre de 2000 (Ar. 2001\4096, FJ. 3.º).

[49] Ar. 5932, FJ 3.º.

[50] Vid. F. LÓPEZ SIMÓ, en *Disposiciones generales sobre la prueba (Análisis de los artículos 281 a 298 y concordantes de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil)*, Ed. La Ley, Madrid, 2000, pp. 53 y 54; y F. J. EZQUIAGA GANUZAS, *Iura novit curia y aplicación judicial del Derecho*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 117 y 118.

[51] Vid. J. MARTÍN OSTOS, en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II, 2.ª edición, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, p. 1758, quien dice que "hoy día podemos entender como el orden constitucional, o el conjunto de principios inspiradores y dimanantes de la Carta Magna".

Con relación al requisito de la *existencia*, MASPONS Y ANGLASELL[52] había sostenido, en referencia al viejo Derecho de Cataluña, que bastaba su invocabilidad. Sin embargo, la mera invocación, al día de hoy y vistas las resoluciones judiciales producidas, no parece ser suficiente para cumplir con la exigencia de la Ley procesal civil si nos atenemos a una simple interpretación gramatical, por cuanto el acto de invocar supone, sencillamente, acogerse a una costumbre, exponerla o alegarla. Costumbre que, precisamente, ha de acreditar la realidad concreta de lo invocado. Mas tampoco conviene echar en el olvido las más cercanas opiniones de reputados autores, ya mencionadas, sobremanera la de CASTÁN[53], en cuanto estima que "el Derecho consuetudinario puede ser aplicado por el juez, *aunque su existencia no haya sido probada*, cuando él personalmente tenga conocimiento de ella *o su realidad* haya sido reconocida en otras sentencias...".

La permisión que el legislador concede a las partes cuando éstas "estuviesen conformes" en la existencia y contenido (art. 281.2 Lec) puede generar "la aplicación de una normativa incorrecta o incluso inexistente", o, en parecidos términos, integrar una alegación "errónea", según sostienen algunos autores en la doctrina actual[54], aunque pensamos –de darse alguno de esos supuestos– que por pocas posibilidades correctoras que ostente el juzgador, con base en el mencionado artículo 218.1 del mismo texto legal, junto al artículo 2.º 2 de la Ley de Derecho civil de Galicia, nunca ha de ser "espectador mudo e inerme frente al libre juego de los intereses en conflicto", según recordaba GÓMEZ ORBANEJA.

V. Costumbres legales:

Configurada la costumbre como "la norma jurídica elaborada por la conciencia social mediante la repetición de actos realizados con intención jurídica" (cfr. STS de 18 de abril de 1951)[55], parece que aquellas costumbres y usos acogidos o asimilados por el legislador gallego de 1995 habrán de estimarse ya como normas "erigidas a rango de ley" (cfr. STSJG de 4 de junio de 1999), o "norma legal ante la legalización de una costumbre histórica" (cfr. STSJG de 23 de octubre de 1998)[56], empleando la dicción que para casos particularizados utilizara el citado Tribunal y extendiéndola a similares situaciones. Tendríamos así usos y costumbres elevados a norma legal, al lado de aquéllos que permanecen fuera del articulado del texto legal 4/1995.

En verdad que son numerosas las referencias legislativas que el texto de 1995

---

[52] F. MASPONS Y ANGLASELL, "La prueba de la costumbre en Derecho catalán", *Revista de Derecho Privado*, núm. 28 (1916). La costumbre se considera que existe siempre que sea invocable; en otros términos –decía– demostrando la invocabilidad de una costumbre respecto a un caso concreto quedará suficientemente demostrada su existencia.

[53] J. CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit., p. 488.

[54] Vid. R. GARCIMARTÍN MONTERO, ob. cit., p. 1004, y J. MARTÍN OSTOS, ob. cit., p. 1758.

[55] Ar. 1308.

[56] Ar. 1999\4626 y *Revista Xurídica Galega* núm. 21 (1998), p. 253, respectivamente.

hace a figuras o instituciones de marcado carácter consuetudinario, incorporadas ahora[57], como decimos, al articulado de aquél. Baste recordar la casa petrucial, la veciña y los petrucios (arts. 9.º y 10), aguas de "torna a torna ou pilla pillota" (art. 16), muiños de herdeiros (arts. 18 a 20), agras y vilares (arts. 21 a 23), serventías (arts. 30 a 32), cómaro, ribazo o arró (art. 33), retracto de graciosa (art. 34), el vitalicio (arts. 95 a 97), la compañía familiar (arts. 100 a 110), el usufructo voluntario de viudedad (arts. 118 a 127), el pacto de mejora (arts. 128 y 129), el derecho de labrar y poseer (arts. 130 a 133), las apartaciones (arts. 134 y 135), el testamento mancomunado (arts. 137 a 140) y la denominada mejora de tercio e quinto (art. 144.2), entre otras. No obstante ello, puede comprobarse que tanto en la vía judicial como en el resto del profesional mundo jurídico se estudian, invocan y resuelven situaciones gobernadas por usos y costumbres no recogidos por texto legal alguno, ya que –insistimos– nada impide, según enseña el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que existan otros usos o costumbres notorios, siempre que haya constancia objetiva de su conocimiento generalizado.

Sin pretensiones de exhaustividad, un breve examen de las resoluciones judiciales dictadas al respecto nos puede allegar a ese mundo consuetudinario, ni tan cavernario ni tan fosilizado como algunos piensan, ya que, "acreditada... la controvertida costumbre a la luz de la existencia de un uso, esto es, un comportamiento verdaderamente efectivo, uniforme y continuado de un grupo social concreto..., que se ajusta a un modelo de conducta espontáneo y reiterado..., mal que bien puede obviarse la fuerza normativa de ese hecho, que eleva a la categoría de lo obligado o debido lo que es acostumbrado o usual...", según predica la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de mayo de 2001[58].

Fuera han de quedar diversas formas de vida comunitaria campesina, perdidas o muy atenuadas por el paso del tiempo, los avances técnicos y nuevos y diferentes comportamientos sociales, como, por ejemplo, las llamadas *veceiras ou pastoreo á vez, traballo a troque día, espadela, esfollada ou escadula, servidumbres de medio xugo o la llamada de estrado* y otras similares, y que más bien, y de entenderlas existentes, serían meros usos sin valor normativo alguno, o nominales recuerdos de otras épocas. En algún otro caso, como el del *abandamento* –institución consuetudinaria referida a la partición provisoria de bienes por haber ausentes de hecho[59]–, la regulación legal actual (arts. 6 a 8 y 167 y 168 de la LDCG) no parece

---

[57] Sin promulgarse aún el Cuerpo legal 4/1995, después de la Ley gallega 7/1987 y de las sentencias del Tribunal Constitucional 182/1992, y 88 y 156/1993, de 12 de marzo y 6 de mayo –según recoge la STSJG de 23 de julio de 1994 (Ar. 4250), en la ponencia de PABLO SANDE GARCÍA– el Parlamento de Galicia aprobó una proposición de ley de 'Derecho civil especial de Galicia', publicada en el Boletín Oficial de la Cámara, en la que, "...por cierto, en sus artículos 28 y 29 *incorpora o eleva a la categoría formal de normas legales a las hoy consuetudinarias de la serventía en general y la de agra en particular...*".

[58] Ar. 6539. Ponente: P. SANDE GARCÍA.

[59] En el *Libro del I Congreso de Derecho Gallego (La Coruña, 1972)*, dentro de la Sección IV, "CASTRO BOLAÑO", apartado V, se estimaba que esta "institución consuetudinaria conocida con el nombre de *abandamento* para lograr la partición de herencia en los casos en que hay herederos ausentes de hecho", debía ser regulada por la Compilación, practicándose "por Letrado en ejercicio auxiliado por Perito titulado de su nombramiento y con la intervención de un defensor judicial del heredero ausente (...)". M. ARTIME PRIETO, "Estudios del Derecho civil de Galicia. Apostillas a las conclusiones del I Congreso de Derecho

que se encargue de suplir ahora lo que antes se entendía "acostumbrado", visto el contenido del texto legal vigente[60].

Las directrices jurisprudenciales también apuntan y recogen lo que llaman "típicas figuras del Derecho civil gallego", siendo ejemplo de ello la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 1.ª, de 28 de julio de 1997[61], al referirse a "la mejora de labrar y poseer, la casa petrucial, el petrucio, el pacto de casamiento para casa, la condición o modo, según los casos, de cuidar al testador y su cónyuge, la obligación de dar vivienda a otros hermanos solteros o viudos, o la compañía familiar gallega, hoy en día reguladas en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, y anteriormente por la costumbre y la Compilación de 1963, reformada en 1987".

VI. Usos y costumbres fuera del texto legal (recogidos por los tribunales gallegos):

Los usos y costumbres a que nos referimos presentan todos el signo de lo rural o agrario y aunque algunos de ellos son cuestionados o incluso no acreditados debidamente en la contienda judicial, muestran, en general, un reconocido arraigo en las comarcas y territorios que los recogen. Hasta parecieran pugnar, dentro del fenómeno de la mundialización o globalización que soporta el mundo actual, por mantener vivas figuras o instituciones jurídicas nacidas de una cultura campesina que es reflejo de un considerable porcentaje de su "población trabajadora"[62].

Gallego", *Foro Gallego*, núm. 164 (1974), la consideraba como "una institución jurídica consuetudinaria ya de antiguo conocida en Galicia, *...teniendo por objeto evitar el pago de los frutos producidos por la herencia, cuando la partición se aplaza y no se realiza inmediata al fallecimiento del causante, realizándose al efecto un cálculo prudencial, sin peritos, mediciones, ni tasaciones"*. Según G. ADRIO BARREIRO, "Algúns aspectos do Dereito privado galego", en *Estudos do Dereito civil de Galicia*, Sept, Santiago de Compostela, 1973, pp. 174 a 179, la institución proporcionaría ventajas para los herederos ausentes, para los presentes y hasta para los terceros o extraños. Mencionaba asimismo la opinión que A. GARCÍA RAMOS vertiera en su premiada "Memoria", en el sentido de "esta figura jurídica... esiste en diversas bisbarras de Galicia, sinalando, entre outras, as do Ferrol, Betanzos, Lugo, Lalín e Becerreá. Engade que este costume esiste noutras zonas das provincias de Coruña e Pontevedra (...)".

[60] M.ª PAZ GARCÍA RUBIO (*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XXXII, volumen 1.º, ob. cit., p. 158) señala al respecto: "es difícil hallar *huella alguna* de una supuesta norma jurídica gallega relativa a la ausencia como no sea el llamado "abandamento", nombre con el que tradicionalmente se conocía una particular partición de la herencia en los casos en los que había herederos ausentes de hecho. Sin embargo, con la Ley de Derecho civil de Galicia en la mano *es difícil reconocer que la institución recogida en los artículos 6º a 8º tenga su origen en la aludida figura sucesoria* (la cursiva es nuestra), ya que los artículos 167 y 168 se dedican precisamente a recoger las especialidades de la partición de coherederos cuando entre ellos hay ausentes de hecho sin hacer ninguna remisión al Título I de la propia Ley y sin que parezca fácil conciliar ambos regímenes (...)".

[61] Ponencia de M. PÉREZ–BATALLÓN ORDÓÑEZ.

[62] Vid. C. OTERO DÍAZ, *Estudios de Economía Gallega*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1984, p. 41. Aunque resulte perceptible la mutación que, en múltiples aspectos, y en los últimos años, se puede apreciar en el campo gallego, las notas que este autor asignaba al mundo agrícola de nuestra Comunidad Autónoma, en la época de la publicación del libro, cabe no perderlas de vista aun al día de hoy, debido a que el "acentuado ruralismo constituye el trasfondo de la sociología galaica, porque condiciona los comportamientos colectivos de hombre gallego... En Galicia la agricultura es el soporte económico del grupo mayoritario de la población; al mismo tiempo la

Son numerosas las sentencias dictadas con motivo de cuestiones litigiosas sobrevenidas con relación a instituciones y figuras que siendo en su origen de marcado tinte consuetudinario, han sido recogidas, tras la publicación de la Ley 4/1995, por ésta (montes vecinales en mano común, cómaros, vitalicio, serventías, casamiento para casa con la finalidad de explotar el lugar acasarado, derecho de labrar y poseer, veciña, aguas de torna a torna o pilla pillota, retracto de graciosa, y otras). Sin embargo, no entraremos a examinar esas situaciones, sino únicamente los principales supuestos en los que los órganos jurisdiccionales de Galicia –Tribunal Superior de Justicia y Audiencias Provinciales– han decidido casos en los que estaban en juego usos o costumbres no recogidos en el texto legal de 1995.

Los propios tribunales de la Comunidad Autónoma también han debido depurar o restringir el ámbito de aplicación de instituciones pretendidamente entroncadas con el mundo consuetudinario galaico, como ocurrió con *la prescripción inmemorial* para la adquisición de la servidumbre de paso, decidiendo que no tiene la consideración de costumbre propia gallega por ser derecho común, anterior al Código civil –Ley 15, título 31 de la partida 3.ª– aplicable en Galicia en virtud de lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia de 1995, en relación con la disposición transitoria primera de dicho Código (cfr. STSJG de 29 de abril de 1999, FJ 2)[63], insistiendo en que, tanto en la sentencia de 11 de octubre de 1996, como en las de 25 de enero de 1995 y 2 de marzo de 1999, "ya señalábamos, en relación con la prescripción de plazo cierto y determinado como pretendida costumbre gallega, que no existe en Galicia costumbre como la que se pretende y que el régimen del Código Civil viene rigiendo en la materia en la última centuria (...)".

Nos referiremos, pues, a las siguientes instituciones:

1. *Montes abertales, de varas, de voces o de fabeo*, como una forma especial de comunidad, sitos en la provincia de Lugo; concretamente, en A Fonsagrada y Becerreá (SSTSJG de 26 de junio de 1998 –Ar. 10419–, 23 de septiembre de 1999 –Ar. 7419– y 24 de julio de 2001 –Ar. 6548–), y también en la provincia de Ourense (cfr. sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña de 12 julio de 1967, en *Foro Gallego*, núms. 135 y 136). Vemos la mención de monte "abierto" en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19 de octubre de 2000, FJ 1.º (Ar. 2001\4326).

---

agricultura no es solamente un sector económico más; constituye un arsenal de tradiciones, de propósitos particulares, de actitudes sociales, de hábitos y de herencias psicológicas seculares. Constituye, en fin, una calidad de vida, un mundo aparte, una civilización (...)". B. CORES TRASMONTE (*Dereito Autonómico de Galicia*, Xerais de Galicia, Vigo, 1987, pp. 147 y 148), mantendrá que "A cultura galega está estreitamente vencellada á vida do campo galego. Os tipos de... asentamento da poboación, a fala, os usos e os costumes, a psicoloxía colectiva, importantes formas de transacción económica teñen unha especial relación co mundo campesiño... Sen esquence–lo impacto dos procesos de urbanización e industrialización, tendo sempre moi presente a incidencia do mar e das formas de vida da ribeira en Galicia, calquera proxecto colectivo de alto nivel, calquera actuación sobre as estructuras económicas e sociais galegas ten que ter decote moi presentes, como protagonistas da vida colectiva, o campo e os seus moradores. O campo galego... ten unha presencia viva e influente en calquera manifestación da vida e da cultura en Galicia como un feito universal que impregna todo o sistema social e cultural do pobo e do país galego (...)".

[63] Ar. 4623.

2. *Resío* y *venela* (STSJG de 12 de mayo de 2000; Ar. 4314), en donde se alude, además, al resío "pé de rei".

3. *Plantaciones de arbolado –eucalipto– en heredad contigua sin guardar distancias* (Partido judicial de Arzúa, A Coruña). (STSJG de 12 de mayo de 2001; Ar. 6539). Una disposición reglamentaria no goza de valor o fuerza de ley.

4. *Gavia* o *gabia* (comarca de Lalín, Pontevedra), no equiparable al cómaro, ribazo o "arró" (SAP Pontevedra, Sección 1.ª, de 23 de mayo de 1996; citada por la STSJG de 23 de octubre de 1998 –Ar. 1246–).

5. *Costumbre da "cara boa", en elemento divisorio de propiedad* (SAP Lugo de 19 de diciembre de 1998, y STSJG de 4 de junio de 1999; Ar. 4626).

6. *"Pé de rei"* o *"Pé do rei"*, equivalente a un pie o zueco. Limitación del dominio consistente en no permitir trabajar la tierra para proteger los mojones (SAP Pontevedra de 8 de julio de 1997, declarando la inaplicabilidad de esta institución).

1. Montes abertales, de varas, de voces o de fabeo:

Muchas son las resoluciones judiciales dictadas acerca de los montes vecinales en mano común, así como, en paralela adecuación, abundantes los estudios en torno a esta institución, con las conocidas características de inalienabilidad, indivisibilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, a cuyo lado, y con otra dimensión, aparecerá la de los montes de propiedad privada de los vecinos que adoptan la forma de la llamada comunidad romana o "por cuotas partes, organizada sobre la base individualista, que reconoce la autonomía de los derechos de los partícipes", y no la germánica.

Con anterioridad a las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, y como éste reconoce, ya la antigua Audiencia Territorial de Galicia, en varias resoluciones aludía a los *montes abertales*[64] (cfr. sentencia de la Sala 1.ª de la

[64] Con motivo de la encuesta que *Foro Gallego* promovió en 1968, en relación con el Proyecto de Ley que regulaba los montes de aprovechamiento comunal pertenecientes a núcleos vecinales (BO de las Cortes Españolas núm. 997, de 4 de marzo de 1968), pueden verse interesantes opiniones de destacados juristas, recogidas en el núm. 137 de dicha Revista jurídica. Así, R. CARBALLAL PERNAS (p. 47), estimará que "[e]n Galicia existen montes en régimen de copropiedad romana... No todos los montes de aprovechamiento comunitario son, en verdad, de tal carácter, pero sí existen en zonas determinadas de Galicia. También la experiencia profesional de quien esto escribe puede asegurar que en la provincia de Lugo y, de modo especial, en el Partido Judicial de Fonsagrada, es una realidad el condominio por cuotas y que la mayoría de los montes allí radicados fueron divididos por los condueños en base de sus participaciones. El origen es foral, pero en las mismas cartas forales no sólo se da en foro las fincas a labradío y a prado, sino que se establecen participaciones por cuotas en los montes, y la costumbre, al regular el aprovechamiento, toma en cuenta estas participaciones...". C. PARDO CASTIÑEIRA sostendrá (p. 51) que "[l]a Ley pretende definir el objeto del derecho que reconoce por el destino actual de su objeto. Pero es claro que los montes son en realidad eso y mucho más, son las holganzas naturales de un lugar en común poseídos y dedicados a múltiples fines por sus propietarios, los vecinos. Se trata de fincas rústicas *en abertal poseídas por las personas que residen en el lugar, feligresía o parroquia*, cuyo destino actual no es razón, causa o título de o para una reglamentación especial. Su pobreza o riqueza es cosa de ver todavía y *su destino es cometido propio de sus dueños. Hoy se cultiva sobre arena y la mayor parte de las tierras de labor gallegas* –decía entonces– *eran, hace sólo cincuenta años, montes en abertal"*. A. FERNÁNDEZ

Audiencia Territorial de La Coruña de 3 de junio de 1963)[65], haciéndose necesario recordar (cfr. sentencia de la misma Audiencia Territorial, de 25 de septiembre de 1965)[66], que en Galicia, Asturias y en parte de la provincia de León es frecuente encontrar al lado de la propiedad privada, la propiedad colectiva, "*en unas ocasiones de carácter romano, en otras, de carácter germánico...*"; pero, sobre todo, y *como hecho notorio, "en Galicia...* además de los montes de propios, comunales y de vecinos, *existen montes de propiedad privada de los vecinos, en forma de comunidad romana*" (cfr. SSAT La Coruña de 24 de mayo y 12 de julio de 1967)[67], significándose en la última de las citadas que: "los caseríos, casales o 'rueiros' están rodeados por diversas porciones de terreno inculto que pertenece a los vecinos de los mismos, pues que se conservan títulos, acreditativos de que tales terrenos a monte fueron aforados juntamente con los labradíos (en sentido amplio) en participaciones iguales o desiguales y mientras éstos se han dividido por razón del tiempo y de las generaciones, los terrenos a monte suelen conservarse "proindiviso" entre sus dueños, los que realizan en común los aprovechamientos de leñas, esquilmo, corta de árboles y pastoreo, roturando en ocasiones porciones de ese monte común, lo que se hace dividiendo el monte en tantos lotes como partes principales vienen determinadas por los títulos y el uso, y la adjudicación se decide por la suerte generalmente, con lo que el reparto no es igualatorio, sino proporcional al derecho que cada uno representa en la comunidad..., recibiendo cada porción el nombre de

---

RODRÍGUEZ (pp. 86 a 89) precisaba que "... al regular los montes de aprovechamiento comunal pertenecientes a núcleos vecinales, con consecuencias de intervención administrativa, han de excluirse los que gocen de carácter privado *–lo que se llaman "montes abiertos"* en Galicia– atributivos de un dominio privado, que los vecinos de un determinado lugar, parroquia, municipio, u otro núcleo urbano similar, aprovechan en comunidad, con la simple condición de tener casa abierta, también significada con la expresión de "fuegos" o "humos", como signo revelador de efectiva actividad de vecino, precisamente por consecuencia de su adquisición, originaria o derivativa, dimanante de la aplicación de las Leyes desamortizadoras, foros constituidos y redimidos o prescripción adquisitiva; y que en todo caso, se tengan en cuenta las cuotas específicas cuyo derecho haya sido obtenido, con eficacia jurídica documentada, registral o judicialmente reconocida por los comuneros...". R. VILLARES (*La propiedad de la tierra en Galicia, 1500–1936*, Siglo XXI de España, Madrid, 1982, pp. 199–200) mencionará estos montes diciendo "que a lo largo del siglo XIX se empezó a poner en práctica en la agricultura del interior lo que durante el Antiguo Régimen había acontecido en la Galicia costera: eliminación del barbecho, acotamiento de 'agros' e incluso montes 'abertales' y baldíos... En un documento notarial llevado a cabo en la Villa de Castroverde, precisamente en ese siglo, en el año 1867, pude leer que uno de los otorgantes era "dueño y pacífico poseedor, entre otros diferentes bienes, del derecho y parte que representa a *los montes en abertal, tanto altos cuanto bajos*". En la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, Sección 2.ª, de 18 de marzo de 2002, figurando como ponente D. EDGAR–AMANDO FERNÁNDEZ CLOS, por la que se revoca parcialmente la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de A Fonsagrada, aunque en su FJ 3 la Sala estima que del conjunto de la prueba no puede "alcanzar a conocer... las participaciones o cuotas que a cada uno de los partícipes en el monte... le pueda corresponder en el aprovechamiento..." dispuso –para lo que aquí interesa– que *"no cabe duda, tampoco, de que nos encontramos con el sistema de aprovechamiento tradicional propio de la montaña consistente en la división romana de las senaras preparadas en el monte para su explotación por parte de las casas respectivas en las cuotas que se atribuían a cada casa pero que ahora y por el transcurso de los años y la falta de uso efectivo de tal tradicional sistema de aprovechamiento del monte no podemos concretar..."* (cursivas nuestras).

[65] *Foro Gallego*, núm. 130 (1966).

[66] *Foro Gallego*, núm. 131 (1966).

[67] *Foro Gallego*, núms. 135–136, bajo la ponencia de R. CARBALLAL PERNAS.

'searas', modalidad que en su mayor pureza se conserva sobre todo en zonas de la provincia de Orense y más que en ningún otro sitio en el Partido Judicial de Fonsagrada (...)".

Ya el propio CARBALLAL PERNAS ("uno de nuestro juristas más prestigiosos", como lo califica, aun sin mencionarlo, atinadamente y con indudable y reconocida razón, el ponente de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 26 de junio de 1998), al resolver sobre un pleito procedente del Juzgado de Primera Instancia de A Fonsagrada, en la sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña de 7 de noviembre de 1964[68], dejaba sentado lo que reiterarán las señaladas sentencias de la Audiencia Territorial de La Coruña, de 24 de mayo y 17 de julio de 1967:

> "... es un *hecho notorio en Galicia* que los múltiples caseríos que forman el partido judicial de Fonsagrada están rodeados por diversas porciones de terreno inculto, que pertenece a los vecinos de los pueblos que circundan, pues se conservan títulos acreditativos de que estos terrenos a monte fueron aforados juntamente con el terreno labradío, en participaciones iguales o desiguales; estos terrenos a monte se conservan proindiviso entre sus dueños, los que realizan en común los aprovechamientos de leñas, esquilmos y pastoreo, pero, anualmente, en la primavera, se solían reunir tales partícipes para repartir entre sí una porción determinada del monte, que denominan 'senara', con el fin de roturarlo, quemar los terrenos y sembrar centeno, reparto que se hace dividiendo el monte en tantos lotes como partes principales vienen determinadas por los títulos y el uso inmemorial y la adjudicación entre los porcioneros se decide por la suerte, con lo que una vez individualizadas estas porciones, prefijadas por virtud de derecho primitivo, se subdividen en otras con arreglo a las adquisiciones hereditarias o contractuales; el reparto, pues, no es igualatorio, sino proporcional al derecho que cada uno representa en la comunidad".

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en su sentencia de 26 de junio de 1998[69], tomando en consideración esos antecedentes jurisprudenciales, amén de otros que también cita, y para configurar sus características esenciales, reafirma que estos montes –designados con los nombres de *abertales, abiertos, de varas, de voces o de fabeo*[70]–, y a los que igualmente se refieren las sentencias del Tribunal Superior de

---

[68] *Foro Gallego*, núms. 135–136.

[69] Ar. 10419. Ponente: P. SAAVEDRA RODRÍGUEZ.

[70] A la operación de *fabeo*, en la explotación de ciertos espacios de monte en las montañas de Lugo, se refiere el profesor J. GARCÍA FERNÁNDEZ (*Organización del espacio y economía rural de la España Atlántica*, Siglo XXI, Madrid, 1975, pp. 246 y 247) señalando que "está constituida por la distribución de las parcelas de monte que corresponden a cada copartícipe en la propiedad colectiva. Y como los derechos de cada uno de éstos son distintos, el *fabeo* representa igualmente tales derechos. En primer lugar, sólo forman parte de esta propiedad colectiva las *casas de labranza antiguas*, es decir, aquellas que desde siglos se venían beneficiando de semejantes repartos periódicos. Las que, con el tiempo, por división de herencias y por ventas, se han fragmentado, no han quedado excluidas del aprovechamiento, pero no cuentan como una parte alícuota más. El lote que corresponde en la distribución se entrega a la *casa matriz o fundacional*, y éstas son las que han de entenderse con las que deriven de ella, sus ramas y filiales. Y se comprende tal forma de división –aclara el autor– porque los derechos de cada una de las casas antiguas nunca fueron iguales, sino que están proporcionados a la superficie de tierras de labradío que llevasen: a más labranza, más monte (...)". P. GONZÁLEZ LÓPEZ ("Lembranza da loita polo Dereito galego" en *Estudos do Dereito*

Justicia de Galicia de 23 de septiembre de 1999[71] y 24 de julio de 2001[72], son de "origen foral (que) pasaron a manos de los vecinos, singularmente a partir de las leyes desamortizadoras del siglo pasado, y que a diferencia de los montes en 'mano común' son comunidades de tipo romano caracterizados consuetudinariamente por el reparto de cuotas para los distintos propietarios equivalente a lo que en un principio correspondía al tanto de renta que tenía que pagar cada casa del total del canon foral. Eran, y aún lo son, anexos a determinados casales o, mejor, a determinados 'linajes', 'herederos' o 'porcioneros', en realidad, 'propietarios consorciados' –en expresión de un reconocido historiador–. Son también anexos a la casa como en los montes en 'mano común', pero aquí no basta con tener casa abierta para tener derecho sobre el Monte. La propiedad –sigue diciendo– está normalmente documentada y los vecinos eran antiguos y de solar conocido... Cada propietario está en condiciones de vender, alquilar su parte o transmitirla a sus herederos, y puede abandonar su residencia sin perder por ello su derecho o usufructo de la cuota". No tienen las características de inalienables, indivisibles, imprescriptibles o inembargables, propias de los vecinales en mano común, los cuales, por lo general, carecen de documentación acreditativa, debido, precisamente, a su condición de propiedad germánica (cfr. FFJJ 3.º y 4.º).

Aparte de fijar el origen, naturaleza jurídica, caracterización y posterior desenvolvimiento de esta notoria costumbre gallega, (cuya finalidad reside ahora, y desde hace tiempo, en el aprovechamiento de la madera producida por estos montes, su principal fruto, y no en la recolección de cereales, básicamente centeno) y de las diferencias que presenta ante los montes en mano común, la resolución comentada, postula que "a la hora de dividir..., *debe primar*, como esencia ancestral de la institución, el reparto de la propiedad según la cuota que a cada casa o porcionero corresponda". Y hace hincapié en que "los abiertos" parten casi siempre de la existencia de documentos acreditativos de la cuota de propiedad de cada dueño, y si éstos no existen –aclara– se suplen por *el uso*, muchas veces inmemorial, a la hora de repartir las "senaras". Insistiendo, en fin, en que las respectivas cuotas sólo en teoría pueden ser iguales, pues en la práctica, al coincidir con la porción que cada propietario tiene de tierras de labranza, no lo son.

2. Resío y venela:

El Diccionario Normativo Galego–Castelán contiene la voz "*resío*" con la

---

civil de Galicia, ob. cit., p. 205), al referirse a lo que llama Comunidades de bés... pastos e montes, dice que "[n]éstes dase a singularidade en cada bisbarra... *Fabeos, sortes, senaras...*". E. MENÉNDEZ–VALDÉS GOLPE (*Las particularidades del Derecho patrimonial en el Noroeste de España, ante la Compilación gallega y el Código Civil, (Comentarios al texto foral)*, Becerreá, 1964), afirma que "en muchas zonas de Galicia subsiste la propiedad colectiva de los montes pertenecientes a la Parroquia o a entidades de población más reducidas... montes vecinales de los pueblos... Ordinariamente, *el aprovechamiento del monte se distribuía entre los fuegos o casas que existían en el lugar...; las zonas roturables eran, por lo general, divididas periódicamente en parcelas, que se sorteaban entre las distintas 'Casas'; a este sorteo se le denomina* 'fabeo' *y en su virtud los miembros de cada casa roturaban la parcela que les caía en suerte; recogiendo su fruto, y dejándola nuevamente inculta para que la tierra recuperase su escasa fuerza productiva, 'descansando' hasta el próximo* 'fabeo', *en que volviese a entrar*".

[71] Ar. 7419. Ponente: P. SANDE GARCÍA.

[72] Ar. 6548. Ponente: J. J. REIGOSA GONZÁLEZ.

significación de "faja de terreno sin cultivar que rodea la casa; el sobrante de una finca que queda a lo largo del muro que la cierra y, de igual manera, un espacio al que tiene derecho una casa para servirse de él" (a una "casa con su bodega y resío" se alude en la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, de 29 de marzo de 2000)[73].

Calificándola de "costumbre reconocida por la doctrina" habla de ella la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.ª, señalando que "es usual en Galicia... dejar resío o porción de terreno propio, paralelo, por fuera de los muros o de las paredes de las casas, y edificios, con objeto de tener paso y fácil acceso para reparar, reconstruir, acumular materiales, formar andamios, entre otros usos, pero siempre dentro de terreno propio y para su servicio...". Sentencia que, con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto contra la dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Padrón, que revoca íntegramente, será objeto de recurso de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que dicta la de 12 de mayo de 2000[74], a la que ahora nos referimos. También, del mismo ponente, es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de junio de 2001[75], reiterando que "la institución de los 'resíos', costumbre notoria en Galicia, es aceptada en sus variantes de gabia, resío propiamente dicho y venela".

El fundamento jurídico segundo de la primera resolución precisa que el "resío" y la "venela" consisten en "pequeñas porciones de terreno sin cultivar que el propietario deja fuera de los cierres, muros o construcciones con fines secundarios, normalmente de mantenimiento y reparación de los mismos, delimitando al tiempo su propiedad con ellos". Ambas figuras –continúa diciendo–, junto al cómaro y la gabia, se instalan dentro de las formas tradicionales de separación de las propiedades en Galicia, enmarcables en las relaciones de vecindad, y hace referencia a sus varias acepciones, recogidas de reputados autores, apuntando que, pese a "*la escasa importancia económica de los resíos, que no acostumbran a ser referencia principal de los pleitos*", existen sentencias, citando las del "Tribunal Supremo de 5–11–1996

---

[73] Mucho antes de la época actual ya se habían ocupado del *resío* o *rexío* algunos estudiosos de esta costumbre, como G. ADRIO BARREIRO, P. GONZÁLEZ LÓPEZ y V. LORENZO FILGUEIRA, entre otros. Los dos primeros, en el citado libro *Estudos do Dereito civil de Galicia*, en sendos trabajos, titulados, respectivamente, "Algúns aspectos do Dereito privado galego", pp. 180–181, y "Lembranza da loita polo Dereito galego", p. 203, en los que además de dar sus pareceres sobre esta figura, recogen las acepciones vertidas en diccionarios y comentarios (MARCIAL VALLADARES NÚÑEZ, FRANCO GRANDE, E. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, GARCÍA RAMOS, CUVEIRO PIÑOL) de otros conocidos autores. El último, en *Realidad e hipótesis de futuro del Derecho foral de Galicia*, Ayuntamiento de Pontevedra, Pontevedra, 1986, pp. 37, 69 y 70, bajo la rúbrica de "Instituciones o costumbres que no pasaron a la compilación", cita, al lado de otras, el "*Resiox*" o "*Reixío*", diciéndonos que "era una costumbre muy clásica en Galicia antes de la promulgación del Código Civil, el dejar una faja de terreno a lo largo del muro de cierre de una finca o de una casa, para permitir su limpieza y conservación... Puede incluso ser un camino estrecho entre dos casas, limitado por fachadas que no dan a la vía pública, acepciones que copio –señala– del Diccionario Enciclopédico gallego–castellano de D. Eladio Rodríguez González (...)".

[74] Ar. 4314. Ponente: P. SAAVEDRA RODRÍGUEZ.

[75] Ar. 2001\6542.

(RJ 1996/7911), que se hace eco de ellos en un pleito proveniente de Ourense[76], la de la Audiencia de esta ciudad, de 26–3–1999, la de la Audiencia de Lugo de 18–5–1999, y las de la Audiencia Provincial de A Coruña de 10–11–1997 (Sección Cuarta), 30–4–1998 (Sección Tercera), 30–9–1999 (Sección Primera), aparte –dice– de la aquí recurrida", que es la mencionada arriba.

La institución de que se habla es calificada igualmente de "*costumbre general, ampliamente conocida y por tanto notoria*, y contiene implícita la norma, que se infiere de su concepto, en semejanza con la que establece el artículo 33 de la Ley de Derecho civil de Galicia para los cómaros, de que *donde exista un resío hay que suponer que pertenece al dueño de la finca de la que forma parte, salvo, naturalmente, prueba en contrario*".

La *venela* "no es más que la suma de dos resíos que según la costumbre suelen dejar los propietarios de casas o edificaciones contiguas para separar las propiedades y al tiempo ser objeto de aprovechamientos secundarios. Se forma así un callejón o corredor entre los edificios de ambos propietarios que, salvo prueba en contrario, se presume por mitad de cada uno de ellos, por lo que las propiedades son colindantes generalmente en el punto intermedio de la venela. No se trata –aclara– de un terreno en común, como ocurre en las serventías o servicios, ni es un paso de dominio público, por lo que no tiene que figurar necesariamente en las escrituras. Ambos propietarios colindan entre sí directamente, aunque el uso del corredor suele ser en común para paso, reparaciones, etc., configurando así –concluye– *una forma típicamente nuestra de relaciones de buena vecindad*".

No resultará de esencia a la institución, para que ésta sea acogida, y así lo señala la resolución de 12 de mayo de 2000 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, frente al criterio de la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, de 29 de julio de 1999, que en la misma los muros de las propiedades hayan de ser *paralelos*, aunque muchas veces sea así –razónase–, ya que dependerá, fundamentalmente, de la configuración del terreno donde se edifica y de la arquitectura propia del edificio construido que, en la mayoría de las ocasiones, responde a una forma típica, por lo que el *pretendido paralelismo* de las construcciones no es requisito esencial de la costumbre.

3. *Plantaciones de arbolado –eucalipto– en heredad contigua sin guardar distancias*

Derivado de un asunto procedente del Juzgado de Primera Instancia de Arzúa, el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en sentencia de 12 de mayo de 2001[77], resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada en su día por la Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña sobre una cuestionada *plantación de arbolado –eucalipto– en heredad contigua sin guardar distancias*,

---

[76] En el fundamento jurídico primero de dicha sentencia se refiere que el bajo de un edificio constituido en régimen de propiedad horizontal, sito en la ciudad ourensana, lleva como anejo *el resío o terreno posterior para ampliación del local existente en esta planta baja*.

[77] Ar. 6539. Ponente: P. SANDE GARCÍA.

declarando no haber lugar al remedio procesal utilizado.

Cual resulta sobradamente conocido, el artículo 591 del Código civil dispone que "no se podrá plantar árboles cerca de una heredad ajena sino a la distancia autorizada por las *ordenanzas o la costumbre del lugar*, y *en su defecto*, a la de dos metros de la línea divisoria de las heredades si la plantación se hace de árboles altos, y a la de 50 centímetros si la plantación es de arbustos o árboles bajos (...)"; precepto que habrá de ser completado, modificando su contenido, por el Decreto 2661/1967, de 19 de octubre, y, para nuestra Comunidad Autónoma, por el Decreto de 11 de mayo de 1989, núm. 81/1989, de la Consellería de Agricultura de la Xunta de Galicia, sobre medidas de ordenación de nuevas plantaciones con el género eucaliptus. Medidas normativas que buscan, sobremanera la establecida por el citado artículo 591 del Código civil, y como apunta la sentencia núm. 471 de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 30 de octubre de 1998, "...regular a convivencia dos donos dos predios estremeiros mediante a evitación de intromisión na propiedade allea, asemade que as incomodidades de todo tipo que se poden producir coa proxección das sombras ou a sinxela caída das follas e restos das pólas das árbores plantadas a menor distancia, e de aí a facultade do propietario que padeza estes prexuizos para pedir que se arrinquen as árbores plantadas sen garda–las distancias (parágrafo segundo do artigo 591 do Código Civil)".

Sin embargo, en el Derecho civil de Galicia, la prevalencia de los "usos y costumbres propios" (cfr. arts. 1.º y 3.º1 y 2 de la LDCG), y la posibilidad y efectividad de su aplicación allí donde la norma consuetudinaria exista y se acoja, hacen que "las distancias, legales o reglamentarias, entre plantaciones" dejen paso y cedan su instauración ante el vigente y efectivo uso, respetando, al tiempo, el principio de la jerarquía normativa (art. 9.º3 CE). De ahí que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia que ahora citamos recoja en su fundamento jurídico primero, el relevante dato que postula la sentencia de la Audiencia recurrida en casación, y que no es otro que el de aceptar que "*para la solución de la cuestión debatida hay que estar en primer término, 'ex' artículo 1 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, a los usos y costumbres propios...*".

Sentencia de la Audiencia Provincial que, con discrepancia de la juzgadora de primera instancia, cuya resolución revoca, asume y declara, una vez acreditada su probanza, que es *costumbre no dejar ninguna distancia de la finca limítrofe al plantar árboles, sobre todo si la finca limítrofe es también de monte ya que siempre se plantó hasta el límite o linde* (cfr. FJ 1.º).

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, probada, pues, la existencia de la debatida costumbre –que para la Audiencia Provincial de Lugo, en su Sentencia de 5 de marzo de 1973, adquiere el incontrovertido carácter de "costumbre generalizada en el campo gallego"– y configurando el alcance y efectividad del uso, con las exigencias que señala, "a la luz... de un comportamiento verdaderamente efectivo, uniforme y continuado de un grupo social concreto (los titulares dominicales de fincas colindantes, en particular a monte, en el lugar de Maroxo y en las demás parroquias del municipio de Arzúa) que se ajusta a un modelo de conducta espontáneo y reiterado (plantar árboles sin guardar distancias)", dispone que "*mal que bien puede obviarse la fuerza normativa de ese hecho, que eleva a la categoría*

de lo obligado o debido lo que es acostumbrado o usual".

Interesa recoger de esta resolución, conforme con el fundamento jurídico segundo de la misma, que "una disposición reglamentaria, indiscutiblemente, no goza del valor o fuerza de ley" (el Decreto de la Xunta de Galicia 81/1989, "disposición gallega y si se quiere imperativa, aunque desde luego y decisivamente no legal") pues que el Tribunal Superior de Justicia de Galicia "en ausencia de costumbre, acudiría a la *norma legal subsidiaria* o de cierre del párrafo primero del art. 591 CC..., y nunca a la reglamentaria por respeto al principio de jerarquía normativa... Al faltar costumbres y leyes civiles gallegas... exclusivamente procedería, en los términos del art. 3.1 LDCG, la aplicación del Código Civil y las demás leyes civiles comunes..., sin que pudiésemos aplicar una disposición reglamentaria, tal cual el Decreto de la Xunta 81/1989, y aún menos a poco que nos percatemos de que el mismo, asumiendo en su art. 3.2, *in fine*, todo lo señalado en el Decreto 2661/1967, de 19 de octubre, sobre distancias entre plantaciones y fincas colindantes, deviene contrario a la Ley y al (citado) principio de jerarquía normativa".

Con todo, no puede olvidarse, acorde a lo prevenido en el repetido artículo 591 del Código civil, que éste da "*primacía a las Ordenanzas, si es que las hubiere, en la determinación de las distancias a respetar, en la plantación de árboles, cerca de una heredad ajena*", como reconocía la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1981, Sala 4.ª (contencioso–administrativo)[78]. Ordenanzas que derivarán del ejercicio de la potestad normativa de un ente local en ejecución de la legislación sectorial[79], y por lo que hemos comprobado en el ejercicio profesional, alguna Corporación municipal, haciendo uso de esa facultad, ha dictado ordenanzas fijando distancias de separación, lo que situaría a la costumbre en un plano subordinado.

4. Gavia o gabia:

Para los diccionarios de castellano, el vocablo "*gavia*",entre otros significados, equivale a "zanja que se abre en la tierra para desagüe o linde de propiedades, o para plantar los árboles o las cepas" (Diccionario de la Lengua Española, de la RAE y, en parecidos términos el Diccionario de uso del español, de MARÍA MOLINER); o a "muro de piedra que separa los límites de una finca" (Diccionario del español actual, de M. SECO, O. ANDRÉS Y G. RAMOS). El Diccionario Normativo Galego–Castelán, de forma similar, dirá que "*gabia o gavia*" es zanja que se hace en el terreno para plantar frutos o que sirve de linde con otro terreno, y, con la denominación de "*gábeas*", *expone que es un cercado hecho de terrones de piedra.* El Diccionario de la Real Academia Galega configura la gabia como abertura longa e estreita que se fai nun terreo para levantar un valado po–los cimentos, conduci–la auga, etc.

[78] Ar. 4757.

[79] Cfr. H. DÍEZ GARCÍA, ob. cit., p. 729.

Más allá del campo gramatical, MARTÍNEZ–RISCO Y MACÍAS[80] se refería a *la gabia* como una modalidad de cierre de las heredades destinadas a monte, consistente "en dejar fuera del muro de terrones una zanja perteneciente a la misma finca para recebar aquél y dar curso a las aguas pluviales", y dentro de la esfera jurisdiccional, la sentencia de la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 23 de mayo de 1996 en relación con lo que antecede, efectúa algunas tan concretas precisiones que nos limitamos a recogerlas, señalando lo que sigue:

a) Na comarca de Lalín[81], e para os predios rústicos que se achan sucesivamente nun plano inclinado, existe o costume que permite ós propietarios dos inferiores que se queiran circundar cun valado (que o xebre e distinga dos superiores, evite que se poida esbroar pola acumulación de terras e auga procedente dos eidos máis elevados, e, ao mesmo tempo, facilite a súa construcción, empregando os materiais existentes no mesmo lugar, fundamentalmente, terra e pedras), ergue–lo valo, non no propio linde ou estrema, senón recuando, deixando unha faixa ou tallón de terreo, da que se extraen aqueles materiais para a realización do valado, ficando por mor disto nesa faixa de terro unha fenda ou cavarca. Chámase nesa comarca co nome de "*gavia*" ou "*gabia*" tanto á vala, creba ou canle formada pola retirada da terra e pedras, como, e de xeito indistinto, ao mesmo valado co que se choe a propiedade, *estendéndose consecuentemente –a gavia– alén dese valado, abranguendo o terreo que se deixou fora do mesmo para quitar daquel aqueles materiais*.

b) Ese costume comporta que lle pertence ao propietario do predio inferior gavia no seu dobre e abarcante senso, da vala e valo; e

c) Non é confundible co cómaro, ribazo ou arró. A "*gavia*" é artificial ou procedente da actividade do propietario do predio inferior; o cómaro, ribazo ou arró pode ter unha orixe natural ou artificial. A "*gavia*" pertence ou forma parte integrante sempre do predio situado a nivel máis baixo. O cómaro, ribazo ou arró gozan, pola contra, da presunción de pertenza ao predio superior (art. 33).

Tal presunción de propiedad del muro de contención de las fincas colindantes al predio situado en el plano superior tiene el alcance de una presunción "iuris tantum", según declararon, entre otras, las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 27 de enero de 2000 (Ar. 4235) y 22 de octubre de 1999 (Ar.

---

[80] S. MARTÍNEZ–RISCO Y MACÍAS, "Lagunas institucionales en la Compilación del Derecho civil especial de Galicia", *Foro Gallego*, núms. 135–136 (1967), p. 323. ADRIO BARREIRO (ob. cit., p. 181), citando a GARCÍA RAMOS, indicará que para éste surge la *gavia* "ao pechar predios rústicos, con valado e terrenos, déixase na banda esterior do valado construido unha canle paralela a aquel con obxeto de advertir que o cerre é proprio do prédio e non medianeiro".

[81] Y no sólo en esa comarca. J. A. FERNÁNDEZ DE ROTA (*Antropología de un viejo paisaje gallego*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Siglo XXI, Madrid, 1984, p. 43), estudiando los sistemas divisorios de las propiedades rústicas en los municipios coruñeses de Monfero y de Vilarmaior (en éste, las parroquias de Grandal y de Doroña), comprueba que en las zonas de Montaña del primero, "*valados y cómaros* solían acompañarse de una sólida masa vegetal de "silvas" (zarzas) y árboles, como los "salgueiros", que completaban una imponente masa impenetrable".

7422)[82]. Esta última reflexiona sobre el contenido del mencionado artículo 33 de la Ley de Derecho civil de Galicia, e indica "como ya tuvo ocasión de manifestar esta Sala en Sentencias de 23 de octubre de 1998 (RJ 1999, 1246) y 4 de junio de 1999 (RJ 1999, 4626)... que el invocado precepto tiene su razón de ser en la contención de tierras para el caso de que éstas sean lindantes, adjudicando la propiedad de ellas, con carácter eso sí de presunción, a la finca superior con el fin de evitar, mediante su oportuna conservación por su propietario, el posible deslizamiento y desplome del terreno superior (...) en la regla del art. 33 de la Ley, las expresiones cómaro o arró son sinónimos de ribazo o muro de contención y *se definen* como terreno muy pendiente[83], casi vertical que sirve de límite a camino, fincas etc., y que presupone, como dice el precepto, un distinto nivel o terraza entre fincas, siendo por lo tanto equivalente a las expresiones "noiro" o talud. Este terreno, de poca extensión, inclinado y sin cultivar, intermedio entre fincas, que se encuentra en distinto plano, lo adjudica la Ley, *bajo presunción 'iuris tantum', a la finca superior...*".

5. Costumbre da "cara boa", en elemento divisorio de propiedad:

Esta costumbre presupone, y así es concebida por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 4 de junio de 1999[84], "que en las paredes divisorias la propiedad del muro se presume corresponde al predio que tiene hacia sí la cara peor o más irregular de las piedras, mientras que la 'cara boa' vierte al exterior o predio contiguo".

En este concreto supuesto, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Lugo, de fecha 19 de diciembre de 1998, en un pleito que bajo los trámites del juicio de cognición, y sobre el "cómaro", se había iniciado ante uno de los juzgados de dicha localidad, se interpuso, ante el citado Tribunal Superior de Justicia, recurso de casación por los motivos que en la resolución recurrida constan, y que fue desestimado. A los efectos que aquí interesan, se deja constancia en la resolución que ahora citamos (cfr. FJ 2.º) que ya la sentencia de la Audiencia expresamente indica que el tribunal sí "*conoce esa costumbre que desarrolla en su contenido, pero entiende que sus efectos son inaplicables en el presente caso* tanto porque –dice– las manifestaciones del perito como del Juez *no son contundentes sobre los extremos de hecho que fundamentan la costumbre* para desvirtuar una presunción legal como es la contenida en el artículo 33 de la Ley 4/1995 de Dereito Civil de Galicia...", que establece –sólo como presunción *iuris tantum*– que el cómaro y los muros de contención de fincas colindantes a distinto nivel se supone que forman parte del predio situado en el plano superior. Y no acepta la prevalencia

---

[82] Ponente: P. SAAVEDRA RODRÍGUEZ.

[83] En determinadas zonas, "las Mariñas", tierras bajas que circundan las rías de Ferrol, Ares, Betanzos y A Coruña –cfr. ROSARIO MIRALBÉS BEDERA y otros autores y colaboradores, en el libro *Galicia en su realidad geográfica*, Fundación Pedro Barrié de la Maza, Santiago, 1983, pp. 226–227–, en donde aparecen bancales o superficies llanas o de débil pendiente sostenida en su parte inferior por un talud de tierra, las explotaciones, pequeñas y sometidas al mismo cultivo, se nos dice, al hablar de los terrazgos organizados en terrazas y bancales, que "... se suelen dejar unas orlas herbáceas ("cómaro") que se utilizan también como pasto para el ganado".

[84] Ar. 4626, bajo la ponencia de J. J. REIGOSA GONZÁLEZ.

de esta costumbre sobre la presunción del reiterado artículo 33 de la Ley de Derecho civil de Galicia (cuyo contenido no deja de ser una norma consuetudinaria de Galicia erigida a rango de ley), manteniendo que "las *conclusiones probatorias son las que determinarán la aplicación de una u otro*".

6. Pé de rei o Pé do rei:

Haremos una brevísima mención de la institución de carácter consuetudinario denominada "*pé de rei*", a la que se refiere la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en su sentencia de 8 de julio de 1997[85], y cuyo contenido supone "una limitación del dominio y uso de los predios colindantes entre los cuales existen mojones delimitadores de los linderos consistente en *no permitir trabajar la tierra en los citados predios para proteger los mojones y evitar disputas por su posible alteración* (...)". Institución, ésta, sigue diciendo la resolución judicial citada, que no está recogida en disposición legal alguna con carácter expreso. Reitera, en el fundamento jurídico tercero, que la figura es concebida "para evitar que con las faenas agrícolas se muevan o estropeen los 'marcos' o mojones..., obligando a no trabajar la tierra a una determinada distancia de los mismos, equivalente a un pie o zueco, sin que se haya acreditado su medida exacta en centímetros".

En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 12 de mayo de 2000 –citada atrás, a propósito del resío y la venela–, se da cuenta de que ALFREDO GARCÍA RAMOS denominaba al resío "pé do rei", y dice de él que "es una porción de terreno que se acostumbra a dejar por fuera de los muros de mampostería y de las paredes de las casas y edificios, con objeto de reconstruir, acumular materiales, formar estadas, etc., siempre dentro del terreno propio. La extensión varía desde dos cuartas hasta la tercera parte de la elevación del muro o edificio (...), que "las venelas, que tanto abundan, separando dos casas, se formaron de 'dous pés do rei'...".

También ARTIME PRIETO[86], entroncando esta costumbre con las servidumbres e identificándola, prácticamente, con el "*resío*", refería cómo en Galicia y Asturias se ponía freno a la codicia "haciendo que nadie edifique sobre la propia linde de su propiedad, obligando a dejar entre la pared en construcción y el linde un pedazo de terreno libre llamado *Residuo*, desde donde, una vez levantada la edificación, puede el propietario sin entorpecimiento extraño, molestia, ni estorbo de nadie, "*con pleno señorío*", es decir, en "*Pie de Rey*", hacer cuanto le fuere necesario para mejorar sus construcciones y modificarlas...".

En el mismo fundamento de derecho, la citada sentencia de la Audiencia Provincial estima que "para la admisibilidad de la aplicación de esta figura sería necesaria la *prueba de la existencia y contenido de tal norma consuetudinaria*, como es preceptivo para el uso o costumbre que no sea notorio, mas también se necesita que sea aplicable al supuesto de hecho concreto sobre el que se discute. A la postre,

---

[85] Ponente: M. PÉREZ–BATALLÓN ORDÓÑEZ.

[86] M. ARTIME PRIETO, "Estudios del Derecho civil de Galicia. Apostillas a las conclusiones del I Congreso de Derecho Gallego", *Foro Gallego*, núms. 162–163 (1974), p. 149.

se decreta la inaplicabilidad de tal institución.

VII. A modo de conclusión:

Las resoluciones judiciales examinadas, al estudiar y decidir con competencia sobre los asuntos encomendados, ajustándose, obviamente, al sistema de fuentes establecido y al deber de resolver (cfr. art. 1.º7 Cc y 1.º a 3.º LDCG, en relación con los arts. 21, 22 1.a y 27.5 EAG, 1.º a 3.º de la Ley casacional gallega 11/1993, 11.3 LOPJ y 117.3 CE), conjugan o aglutinan análisis técnico y la convicción de que tanto usos como costumbres, aun conviniendo en su parva y reducida dimensión, perviven en la actualidad y resultan de obligada observancia, sintiéndose así por el cuerpo social que los demanda.

Es innegable que el fluir de la vida comporta cambios y, a la vez, impone la exigencia de adaptación a las mutaciones sobrevenidas para ser, en el hegeliano dicho, hijos de nuestro tiempo. Si, en verdad, y como escribe PUIG BRUTAU[87], los cambios sociales implican que el *problema capital de la ciencia del Derecho*, en el mundo moderno, reside en que el Derecho tenga continuidad con el pasado, se adapte al presente y sea adaptable al futuro, está bien claro que las instituciones consuetudinarias acogidas en las sentencias referenciadas, revelan cómo es posible el logro de esa actitud conciliadora, porque patente e indudable resulta que las figuras e instituciones insertas dentro del pequeño y localista mundo en que se mueve la costumbre siguen mostrándonos su efectiva realidad y su actual aplicación. Parece así que las viejas palabras de CALAMANDREI[88] renuevan también su vigor ante la jurisprudencia emanada de nuestro tribunales. Sienten éstos, y lo reflejan las resoluciones dictadas, que no basta a los magistrados que conozcan a la perfección las leyes escritas; es necesario que conozcan perfectamente también la sociedad en que esas leyes tienen que vivir. De ahí que el tradicional aforismo *iura novit curia* ("la curia conoce las leyes") no tiene valor práctico alguno si no se le agrega éste: *mores novit curia* ("la curia conoce las costumbres"), cual solicitara el maestro italiano.

Las sentencias citadas, como corresponde a la naturaleza de este tipo de resoluciones, llegan más allá del concreto supuesto que las genera en las afirmaciones jurídicas que realizan y, trascendiéndolo, se erigen –utilizando el lenguaje de SOTO NIETO[89]– en admonición y regla para la comunidad. Regla, todo ha de decirse, existente antes del fallo, asumida con convicción jurídica por sus destinatarios y que, tras la decisión de un Tribunal de Derecho, alcanza su realización o satisfacción.

Aunque sea en mínima exposición, sí pueden extraerse de tales resoluciones judiciales, complementadas con otras referidas a la alegación, en casación, de error en la apreciación de la prueba demostrativo del desconocimiento del juzgador de

---

[87] J. PUIG BRUTAU, *La Jurisprudencia como fuente del Derecho*, Bosch, Barcelona, s/f., p. 17.

[88] P. CALAMANDREI, *Elogio de los Jueces. Escrito por un abogado*, trad. de AYERRA REDÍN, SENTÍS MELENDO y CONRADO FINZZI, Librería El Foro, Buenos Aires, 1997, p. 160.

[89] F. SOTO NIETO, en *Revista de Derecho Privado* (1974), p. 890.

hechos notorios que supongan una infracción del uso o costumbre, algunas singularizadas tesis:

– Se perfila el alcance y significado de la *notoriedad*, lo que es importante por la influencia que ésta presenta en nuestro Derecho civil, a la vista del artículo 2.º2, párrafo final, de la Ley 11/1993, y el artículo 2.º1 de la Ley 4/1995, de Derecho civil de Galicia, debiendo señalarse, por quien acude al remedio procesal de la casación, *cuál es el hecho notorio o el uso o costumbre infringidos.*

– Se determinan la *extensión* y los *límites* del motivo casacional recogido en el número 2.º del artículo 2.º de la Ley reguladora del recurso de casación en materia de Derecho civil de Galicia (error en la apreciación de la prueba que demuestre desconocimiento por parte del juzgador de *hechos notorios que supongan infracción del uso o costumbre*), y así, en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 1 de diciembre de 1994[90], se instituye una significativa distinción, por el doble aspecto que ofrece la costumbre (hecho y derecho), para afirmar que "sólo *como derecho* tiene acceso a la casación por la vía del número 1.º del artículo 2.º de la citada Ley [11/1993] (infracción de normas del ordenamiento jurídico civil de Galicia)" (FJ 2.º). Mas, sí se tiene en cuenta que "el legislador no olvidó que al ser *norma no escrita*, es preciso dotarla de una especial protección, pues *como hecho* puede ser olvidado, y, a tal fin, estableció ese singular medio de defensa, dando acceso a la casación al examen de la prueba *para el caso* de que el Juzgador de instancia, al examinarla, desconociese la existencia de una costumbre (...)".

– El error de que habla el legislador en la apreciación de la prueba plasmado en el párrafo primero de dicho precepto *no* es (cfr. sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22 de septiembre de 1999)[91] el que sin más posibilita efectuar una impugnación de la apreciación de la prueba realizada por la Sala *a quo*, sino el que hace patente (que demuestre) que el juzgador desconoce hechos notorios, evidenciadores de que, por ser desconocidos, *se está infringiendo un uso o costumbre por tales hechos notorios revelados* (cfr., igualmente, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 16 de mayo de 1995[92]; uso o costumbre, en fin, que, en virtud de aquel desconocimiento –no percepción o ignorancia del juzgador– [cfr. STSJG de 16 de junio de 2000[93]], resulta infringido).

– El juzgador de instancia sigue siendo soberano en la apreciación de la prueba y la Sala sólo puede examinarla en el supuesto de que se desconociese la existencia de una costumbre (cfr. STSJG de 1 de diciembre de 1994), debiendo señalarse que la casación no es una nueva instancia –no constituye una tercera instancia ni una apelación (cfr STSJG de 20 de marzo de 2000)–, pues tiene por objeto, fundamentalmente, comprobar si la sentencia recurrida aplicó correctamente el derecho a los hechos que declaró probados (cfr. STSJG de 28 de noviembre de

---

[90] Ar. 1995\4251. Ponente: P. SAAVEDRA RODRÍGUEZ.

[91] Ar. 7418. Ponente: P. SANDE GARCÍA.

[92] Ar. 8434. Ponente: D. GARCÍA RAMOS.

[93] Ar. 2001\4320. Ponente: P. SANDE GARCÍA.

2000)[94].

– Los *usos y costumbres con relevancia jurídica* han de ser los que muestren un comportamiento verdaderamente efectivo, uniforme y continuado de un grupo social concreto, ajustado a un modelo de conducta espontáneo y reiterado.

– El acogimiento y rehabilitación de *usos y comportamientos* mantenidos a lo largo de tiempo duradero y cuyo refrendo judicial vino a desmentir la indecorosa y asfixiante presencia del olvido o la actuación de un hipertrofiado tono legalista (montes abertales, acomodando su aprovechamiento al régimen de la comunidad de tipo romano). En suma, se consigue el respeto de los derechos adquiridos y que no lograron borrar disposiciones desconocedoras de las facultades de los vecinos.

– O "provare o soccombere", evidentemente, sin que valga la mera manifestación de la existencia de un uso o costumbre, salvo que el tribunal lo tenga por notorio. No sólo el uso o la costumbre han de ser aplicables al supuesto de hecho concreto sobre el que se discute, sino que, además, requiérese, para su admisibilidad, la prueba de la existencia y contenido de la norma consuetudinaria, como es preceptivo para el uso o costumbre que no sea notorio. En otro caso, deviene la inaplicabilidad de la institución cuestionada, dejando a salvo, decimos, la posibilidad de que el juzgador, en los casos arriba indicados, aplique de oficio la norma consuetudinaria.

[94] Ar. 2001\4330. Ponente: J. J. REIGOSA GONZÁLEZ.

III

ACTAS DE LAS SESIONES Y CONCLUSIONES

ACTA DE LA SECCIÓN PRIMERA

Presidente:
D. José Antonio Lois Fernández
Vicepresidente:
D. Emilio Atrio Abad
Vocales:
D. Luis Astray Pumpido
D. Félix Suárez Mira
Relatores de la ponencia:
D. José María Pena López
D. Pablo Sande García
Secretaria:
Dña. Asunción Blanco Regueiro

En la Sala segunda del Palacio de Congresos de A Coruña, siendo las 16:10 horas del día 27 de noviembre de 2002, se constituye la Mesa con los asistentes reseñados al margen.

A las 16:15 horas da comienzo la sesión, tomando la palabra el Sr. Presidente, D. JOSÉ ANTONIO LOIS, quien, tras agradecer a los presentes su participación en este acto, concede la palabra al Sr. SANDE GARCÍA para que proceda a la exposición de su ponencia sobre "El recurso de casación".

Como cuestión preliminar se advierte por el ponente su intención de dar a la ponencia forma de propuesta legislativa.

Se parte del convencimiento de que la vigente regulación del recurso de casación se mostró como instrumento apto para que la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Xusticia de Galicia pudiera conocer de los recursos civiles frente a cualquier sentencia dictada por las Audiencias Provinciales en las que se debatiesen temas de Derecho civil gallego. El recurso de casación en la Ley gallega se regula como contrapunto al recurso de casación de la Ley de enjuiciamiento civil. Y la presente propuesta tiene su origen en la adaptación del recurso de casación gallego a la nueva Ley de enjuiciamiento civil.

En el artículo 1 se recogen las sentencias susceptibles de acceder a recurso de casación. Aparentemente este precepto es armónico con la Ley de enjuiciamiento civil: sea cuál sea el asunto a debatir, la sentencia de la Audiencia Provincial es susceptible de recurso de casación gallego. Pero hay que enlazarlo con el artículo 2, relativo a los motivos del recurso, que sigue considerando la infracción jurisprudencial como un motivo de fundamentación del recurso; de este modo, junto

a la infracción normativa, también es motivo de casación la infracción jurisprudencial. Se recoge además en este artículo 2 la *vis* atractiva de la legislación autonómica. El artículo 3 se refiere a la fundamentación del recurso en la infracción procesal. Y en el artículo 4 se contempla el criterio de temeridad y no el del vencimiento en las condenas en costas; puesto que la temeridad debe apreciarse en el momento de admisión del recurso, una vez admitido el mismo, difícilmente se puede apreciar temeridad.

Esta propuesta de modificación sigue el principio de universalidad de que accedan al recurso de casación en el Tribunal Superior de Xusticia de Galicia aquellos procedimientos donde se debaten cuestiones de materia civil; se trata de adaptar, en definitiva, la Ley de 1993 a la nueva Ley de enjuiciamiento civil.

Habiendo finalizado su intervención el Sr. SANDE GARCÍA a las 16:30 horas, comienza la exposición de la ponencia sobre "Principios y fuentes del Derecho civil gallego" a cargo del Sr. D. JOSÉ MARÍA PENA LÓPEZ.

Se formula la propuesta de la comisión como un texto articulado, en el que se intentará potenciar al máximo la aplicación del Derecho civil gallego. Potenciación del Derecho civil gallego que se tratará de conseguir determinando como fuentes del mismo el Estatuto, la costumbre (no contraria a normas imperativas) y los principios generales del derecho, admitiendo la aplicación analógica, etc. El texto presentado es un texto reformista, pues se propone la supresión del actual artículo 5 de la Ley de Derecho civil de Galicia, por entender que se trata de un artículo superfluo: por el mismo se regula el instituto de la vecindad civil, lo cual supone una extralimitación del legislador gallego al ser una materia competencia del Estado central.

Se observa también, un desorden en los contenidos del Título preliminar. Junto a la costumbre, se analizan los mecanis mos de interpretación del Derecho civil gallego y otras cuestiones que dan lugar a un desorden de materias que se puede eliminar haciendo una reorganización del articulado.

Igualmente, dentro de cada artículo se propone una serie de modificaciones: en el artículo 1.º, determinación de las fuentes del Derecho civil de Galicia, se introduce la calificación de fuentes, que es la forma clásica de aludir a la idea dinámica de lo que es un ordenamiento. Se introduce como fuente el Estatuto de Galicia como fuente del derecho, dándole identidad propia, pues constituye la garantía, el vértice de la existencia del Derecho civil gallego, norma primaria del Derecho autonómico gallego. Gracias al Estatuto se conserva el Derecho gallego, por lo que merece una mención individual y prioritaria. Se recoge el criterio jerárquico, la ley común de Galicia por razón de la materia, y aludiendo al alcance expansivo y preferente en el Derecho civil gallego. Se recoge como fuente la costumbre, y su subordinación a las normas imperativas. Se recogen los usos y su calificación como usos con fuerza normativa, con lo que se trata de descartar los usos preordenados a una manifestación de la voluntad, subrogados a la voluntad contractual, y también se trata de descartar los usos cuando son empleados como meros datos normativos, puesto que éstos tendrán la utilidad que le indique la ley de recepción; los usos traen su fuerza de la ley que se reenvía a ellos. Se recogen, asimismo, como fuente del derecho los principios generales, que completan, así, el sistema de fuentes en el

Derecho civil gallego, y sirven de frontera y barrera frente al ordenamiento estatal. Son las últimas normas que se invocan como normas. El ordenamiento estatal termina donde comienzan los principios del derecho gallego. Estos actúan como filtro del derecho estatal, y por ello, por ser la frontera de la subordinación al ordenamiento estatal deben ser incluidos como fuentes del Derecho civil gallego. Los principios sociológicos van a desempeñar una función vivificadora del derecho, por lo que deben ser tenidos en cuenta a la hora de interpretar el derecho, al ser aplicados en un momento determinado. Sirven para dar respuesta a los problemas del pueblo cuando no se encuentre una respuesta en las demás fuentes del derecho. Es una exigencia porque todas las normas emanan del pueblo.

En cuanto al artículo 2.º, la prueba de la costumbre de oficio, el respeto del Estado a las costumbre como fuente del derecho lo es porque el derecho originario gallego era consuetudinario. Con esta incorporación hace que el juez, si tiene conocimiento de la existencia de la costumbre debe aplicarla de oficio, aunque la misma no hubiere sido alegada por las partes. Se recoge, además, la notoriedad de los usos, pero como característica objetiva de los mismos; es decir, serán aplicables cualesquiera usos de los que exista constancia objetiva de su aplicación generalizada.

En cuanto al artículo 3.º, se recogen las pautas interpretativas que se deslindan en aquellas pautas interpretativas vinculantes y otras que no lo son: así, son vinculantes los principios y los usos; en cambio, no son vinculantes la doctrina ni la jurisprudencia, ya que ninguna de éstas son fuente del derecho. El carácter vinculante de la jurisprudencia sólo se recoge en la Ley contencioso–administrativa cuando resuelve un recurso en interés de ley.

El artículo 4.º introduce los procedimientos de integración del Derecho civil gallego y el procedimiento analógico.

En el artículo 5.º se contempla el ámbito de aplicación, que en el párrafo 1 se refiere al ámbito material, haciendo una trasposición de la doctrina del Tribunal Constitucional; y en el párrafo 2 se regula el ámbito territorial, pues fue muy criticada la regulación de la vigente Ley en su artículo 4.º, por lo que se propone que el ámbito territorial se limite al territorio de Galicia.

Habiendo finalizado la exposición el Sr. PENA LÓPEZ a las 17:10 horas, por el Sr. Presidente de la Mesa se pregunta a los asistentes si hay enmiendas a las ponencias presentadas. Y, no habiendo enmienda ni observación alguna con relación a las mismas se someten a votación:

Primera ponencia.– Se aprueba por unanimidad el articulado propuesto por la Comisión y defendido por el Sr. SANDE GARCÍA.

Segunda ponencia.– Se aprueba por unanimidad el articulado propuesto por la Comisión y defendido por el Sr. PENA LÓPEZ.

Por tanto, el Sr. Presidente declara aprobadas ambas ponencias por unanimidad de los asistentes.

Siendo las 17:15 horas se suspende la sesión hasta las 18:30 horas.

Siendo las 18:35 horas se reanuda la sesión, presentándose dos comunicaciones –que se tomarán como anexos I y II de las ponencias anteriormente debatidas– cuya exposición tendrá lugar a continuación por sus redactores.

El anexo I, cuyo título es "La costumbre es la verdad" ha sido realizado por D. CELESTINO PARDO CASTIÑEIRA en el marco de la ponencia de fuentes. Los principios del Derecho gallego están tan lejos en el tiempo que es difícil encontrar su origen. Sus diferencias son sólo peculiaridades espacio–temporales. Están muy cerca del espíritu objetivo del pueblo, que gana universalidad desde el momento en que se le dota de ropaje jurídico. Existieron distintas leyes que intentaron recoger los principios generales del derecho, pero estas leyes están muy lejos del surgimiento original. Los principios generales del derecho no estaban a la mano de la Constitución, ni de los constituyentes. Son la realidad cotidiana. Los límites del Derecho gallego los encontró el Tribunal Supremo. Con los principios estamos seguros de que nos encontramos ante el Derecho gallego. En el hecho normativo, desde el punto de vista sociológico, se encuentra el Derecho en su integridad; no importa que la ley regule lo que debe hacerse, el hecho se hace norma. Este derecho tiene su origen en los problemas, para cada problema, y las leyes escritas no siempre resuelven todos los problemas. Es el sujeto como autor el que sostiene el derecho. Es un derecho de conflicto, y es donde la Constitución cede ante los usos. Acto seguido, el autor expone las conclusiones finales de este Anexo I, cuya lectura se recomienda.

Habiendo finalizado la intervención del Sr. PARDO CASTIÑEIRA a las 19:00 horas, a continuación comienza la exposición del anexo II sobre "Usos y costumbres propios del Derecho civil de Galicia en las decisiones judiciales" por parte del Sr. D. JOSÉ SEOANE IGLESIAS. La costumbre tiene una posición de privilegio en nuestro ordenamiento específico y un aparente equilibrio con la norma no imperativa. En la actual Ley 4/1995, en su artículo 2.º, se recoge que los usos y costumbres notorios no requerirán prueba. ¿Qué puede tener de importante para su aplicación en las decisiones de los tribunales? Hay sentencias que mencionan costumbres, bien para aceptarlas o bien para rechazarlas. Hay que probarla y alegarla. El tribunal debe tener presente que la costumbre no es una, ni únicamente un hecho; es una norma jurídica y puede aplicarla en virtud del principio *iura novit curia*. La ley dice que hay que probar su existencia y su contenido. Y, aunque existen una serie de normas consuetudinarias que han sido elevadas a rango de ley, existen otras muchas instituciones de claro carácter consuetudinario y local, depen diendo de cada zona. E, incluso hay costumbres que han sido incluidas en distintas sentencias del Tribunal Superior de Justicia.

Concluida esta exposición a las 19:15 horas, se inicia un debate entre los asistentes sobre las ponencias y anexos objeto de la sección.

El Sr. SANDE GARCÍA solicita del Sr. Presidente que en el acta se contemple una corrección formal del contenido de la ponencia. Así, en relación con las fuentes del Derecho gallego, la ponencia estaría integrada por la comunicación presentada por el Sr. PARDO; en cuanto a los principios generales, la ponencia estaría conformada por los trabajos presentados por los Sres. PENA LÓPEZ y SEOANE IGLESIAS; y, en lo tocante al recurso de casación, la ponencia estaría constituida por el trabajo elaborado por el Sr. SANDE GARCÍA.

Igualmente, quiere resaltar el Sr. SANDE GARCÍA que en la exposición del Sr. SEOANE IGLESIAS se ha cometido el error de no mencionar las costumbres conforme a las cuales se regulan determinadas figuras e instituciones, y que no están reguladas normativamente. Asimismo, el Sr. SANDE GARCÍA pone de manifiesto que, en el ejemplo de la exposición del Sr. SEOANE IGLESIAS, en relación con una sentencia del Tribunal Superior de Justicia, se contempló la costumbre del lugar porque la misma había sido acreditada y reconocida en el lugar concreto.

Se plantea la necesidad de proponer la elaboración de una norma escrita que regule el tema de las distancias de las plantaciones, habida cuenta de que existe una proliferación de ordenanzas municipales heterogéneas; es un claro caso de que, si bien existen instituciones en Galicia que deben ser regidas por las normas consuetudinarias, otras, deberían normativizarse para evitar la aplicación de ordenanzas.

El Sr. Presidente entiende que esta sección no es la adecuada para proponer al Pleno esta cuestión ya que se trataría, en todo caso, de una propuesta para la sección de Derechos reales.

Se suscita un nuevo debate acerca de la aplicación de oficio por el juez de la costumbre. Así, el Sr. SEOANE IGLESIAS opina que si el juzgador conoce la costumbre o ésta está reconocida por una resolución judicial debe aplicarla. El Sr. PARDO CASTIÑEIRA considera que, si la costumbre es conocida por el juez, debe aplicarla o se traiciona a sí mismo. El Sr. BARCIA LAGO entiende que, si el derecho consuetudinario es una norma jurídica, entonces el juez, si la conoce, debe aplicarlo; pero está la contrapartida, que es la inseguridad jurídica de las partes, que pueden desconocer su existencia. El Sr. PENA LÓPEZ responde a esta cuestión señalando que el juez puede intervenir de oficio, pero, en todo caso, la costumbre tendrá que ser probada, es decir, el juez ejercitará de oficio la práctica de la prueba. El Sr. ÁLVAREZ GÁNDARA opina que de esta manera se estaría vulnerando el principio de contradicción y supondría un desequilibrio entre las partes.

Y no habiendo más asuntos que tratar, siendo las 20:00 horas del mismo día, se levanta la sesión, de la que yo, el Secretario, con el V.ºB.º del Sr. Presidente, doy fe.

CONCLUSIONES DE LA SECCIÓN:

Conclusiones que la Sección Primera somete al Pleno del Congreso para su aprobación, si procede:

ÚNICA.– Se ha aprobado la redacción literal del articulado propuesto en las ponencias y se acuerda por la Comisión que las personas que deban defenderlas, en su caso, ante el Pleno sean D. PABLO SANDE GARCÍA (la ponencia primera) y D. JOSÉ MARÍA PENA LÓPEZ (la ponencia segunda).

SECCIÓN SEGUNDA

«MANUEL IGLESIAS CORRAL»

PERSONAS Y FAMILIA

SUMARIO:

I.– PONENCIA: Introducción.– 1. La autotutela.– 2. La vecindad civil.– 3. La ausencia de hecho.– 4. La compañía familiar gallega.– 5. El régimen económico familiar.– 6. Las donaciones por razón de matrimonio.

II.– COMUNICACIONES:

– "La autotutela en el Derecho de Galicia", por D. ANTONINO VÁZQUEZ BONOME.

III.– ACTAS DE LAS SESIONES Y CONCLUSIONES:

I

PONENCIA

PONENTES:

JULIO BARROS CASAL
NEMESIO BARXA ÁLVAREZ
JESÚS VARELA FRAGA
JOSÉ MANUEL PACHO BLANCO
JOSÉ MANUEL LOIS PUENTE

INTRODUCCIÓN:

La materia objeto de la presente ponencia –personas y familia– está constituida, en la vigente Ley de Derecho civil de Galicia, por la regulación de la vecindad civil (a la que dedica un único artículo, el quinto), la ausencia no declarada (artículos 6, 7 y 8), por la compañía familiar gallega (artículos 100 a 111) y por el régimen económico familiar (artículos 112 a 116).

La primera cuestión que ha tenido que afrontar la ponencia ha sido la de si conviene proponer al *III Congreso de Dereito Galego* la regulación de nuevas materias, no disciplinadas actualmente en la vigente Ley de Derecho civil de Galicia o si por el contrario debe limitarse la propuesta a una mera corrección de los claros y, en algún caso, imperdonables defectos, que presenta la normativa vigente.

No parece que haya incompatibilidad entre ambos aspectos. Y por ello, en esa tesitura, entendemos, por un lado, que no cabe renunciar al desarrollo del Derecho civil gallego, en lo que tiene de singular, y que debe darse entrada en él a figuras, que, vividas ya en la práctica jurídica diaria, no han recibido todavía el refrendo legislativo.

Al mismo tiempo, y al haberse cumplido el quinquenio que la propia Ley, en su disposición adicional segunda, prevé para el estudio de su actualización y mejora, parece obvia la urgencia en corregir los defectos de concepción y redacción que ofrece. Defectos especialmente acusados, como veremos, en alguna de las instituciones propias de esta ponencia.

De acuerdo con este esquema, la tarea que la presente sección ha emprendido es doble:

1.º) Decidir qué nuevas figuras debe regular, en esta sede, la futura reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia; y cuál debe ser el esquema en que dicha

regulación se base.

2.º) Estudiar, de acuerdo con la experiencia práctica de estos años, qué aspectos de la regulación vigente es conveniente retocar y aclarar.

A juicio de la ponencia, la figura, ya acogida por otras regiones forales, que debe incorporarse a nuestro Derecho propio, toda vez que el Código civil sigue sin reglamentarla, es la autotutela.

De acuerdo con lo dicho, el esquema que seguiremos respondería al siguiente sumario:

1. La autotutela.– 2. La vecindad civil.– 3. La situación de ausencia no declarada.– 4. La compañía familiar gallega.– 5. El régimen económico matrimonial.– 6. Las donaciones por razón de matrimonio.

1. LA AUTOTUTELA:

Una necesidad, cada vez más sentida por nuestra sociedad, es la de una regulación flexible de la autotutela.

La modernización de Galicia, su desarrollo social y económico han provocado un aumento considerabilísimo de la esperanza de vida y, consiguientemente, un envejecimiento progresivo de la población. Cada vez son más las personas que alcanzan edades provectas; y, aunque, afortunadamente, lo hacen en mejor estado físico y mental, y con mayor calidad de vida, lo cierto es que la prolongación de la existencia implica, necesariamente, que muchas puedan pasar sus últimos años impedidas para regir su persona o administrar sus bienes. El alzheimer, la demencia senil, el parkinson y otras enfermedades similares, características –aunque no exclusivas– de la ancianidad, constituyen una preocupación importante para muchas personas.

Ese temor obliga a plantearse una previsión mínima: la elección de la persona o institución a la que encomendar el cuidado propio, o la administración de los bienes.

La libre elección personal tiene que estar por encima de una abstracta preferencia legislativa, o de la decisión, más o menos reposada, tomada por un juez.

Nadie mejor que el propio interesado, cuando todavía está plenamente lúcido, para elegir a su tutor.

La regulación del régimen de la autotutela parece, pues, obligada.

Admitido esto, la siguiente cuestión a plantear y resolver es la de dibujar las líneas maestras en que la institución debe desenvolverse. A juicio de la ponencia, estas líneas tienen que obedecer al desarrollo de la idea central que constituye su esencia: el respeto a la voluntad del individuo fehacientemente expresada.

El papel del juez, una vez decretada la incapacitación, y salvo que concurran circunstancias sobrevenidas que alteren radicalmente los supuestos previstos por el disponente, debe limitarse a homologar, por decirlo así, lo previsto y ordenado por el

devenido incapaz.

Entiende la ponencia que en la figura de la autotutela hay que reforzar el papel de la libertad del individuo a la hora de configurar la figura. El excesivo intervencionismo judicial que ha patrocinado la reforma del Código civil en 1983, puede y debe reducirse en la futura regulación de nuestra Ley de Derecho civil, para lograr un mayor equilibrio entre el respeto a la libertad del particular que adopta voluntaria y libremente las medidas de autoprotección que le parecen más adecuadas, y la necesaria vigilancia de los organismos públicos (ministerio fiscal y autoridad judicial).

En este sentido, entendemos que debe permitirse a cualquier persona plenamente capaz, no sólo que designe a las que entienda más idóneas para regir su persona y administrar sus bienes; sino también permitirle igualmente determinar el modo en que dichas personas ejercerán su cargo.

No nos repugna, ni siquiera, que pueda el particular sustituir la necesidad de intervención judicial para autorizar los actos de enajenación o gravamen de su patrimonio, por la de otra persona o institución, en aras a lograr una mayor agilidad, especialmente deseable tratándose de personas de edad avanzada.

Esta libertad debe contrapesarse con la posibilidad conferida al juez, a petición de parte o del ministerio fiscal, para, en resolución motivada, modificar o incluso sustituir las disposiciones del devenido incapaz, cuando las circunstancias sobrevenidas lo aconsejen.

Una cuestión que ha preocupado especialmente a la ponencia es el medio a través del cual pueda ordenarse el nombramiento del tutor y la regulación de la figura.

Los problemas implicados van desde la autenticidad del nombramiento, hasta el grado de libertad y consciencia con el que se dispuso, y la garantía del debido asesoramiento.

Tras sopesar pros y contras, se ha entendido que la designación de los futuros tutores y la organización de la tutela debe hacerse en escritura pública. Se conseguirá así, por un lado, plena autenticidad en la autoría del acto, un control sobre la real capacidad del disponente, una garantía de libertad en el otorgamiento, una mayor solemnidad y, por último, un mejor asesoramiento sobre el alcance jurídico del mismo.

Entiende también la ponencia que debe permitirse al disponente, no sólo designar él la persona que debe tutelarlo, sino igualmente encomendar a su cónyuge dicha designación, entre las personas por él propuestas, a fin de permitirle contemplar o tener en cuenta las circunstancias sobrevenidas entre el momento de la designación y aquél en que ésta deba hacerse efectiva.

Por último, la regulación debe ofrecer un marco orientativo de qué aspectos de la figura puede regular el disponente (retribución o gratuidad del cargo, facultades de administración o disposición, modo de ejercicio, mecanismos de control, etc.), y

debe regular también las normas supletorias en caso de falta de previsión por el disponente.

2. LA VECINDAD CIVIL:

La determinación de la vecindad civil es competencia del Estado. Este punto no parece ofrecer dudas. La Ley vigente parte de esa regla al disponer que *"la sujeción al derecho civil de Galicia se determinará por la vecindad civil, con arreglo a lo dispuesto en el derecho civil común"*. Sin embargo, entiende la ponencia que ningún inconveniente puede existir para que la legislación gallega permita acogerse a su normativa a los residentes en Galicia, o a los que, casados con gallegos, opten por ella. Y siempre y cuando no lo prohíba su propia ley personal.

Se trata, en definitiva, de potenciar, aún en mayor medida, la autonomía de la voluntad en materia de vecindad civil.

La figura paradigmática, a la hora de enjuiciar lo dicho, podría ser el testamento mancomunado. En caso de matrimonio entre dos personas de vecindad civil mixta, galaico–navarra o galaico–aragonesa, ambas leyes personales admitirían el testamento mancomunado; pero lo sujetarían a diferente regulación. Al no haber términos para optar por una o por otra, la consecuencia, paradójica, sería que no podrían utilizar la figura.

No cree la ponencia que, en estos casos, pueda haber inconveniente en que, de común acuerdo, en el momento del otorgamiento, se sometan los testadores a la regulación de una de sus dos leyes personales.

Se propone, pues, a la consideración del *III Congreso de Dereito Galego*, el introducir un nuevo precepto en la Ley gallega de Derecho civil, que permita a quienes no tengan vecindad civil gallega, pero residan permanentemente en Galicia, acogerse a sus normas; e igualmente que en los casos de vecindad mixta, habiendo matrimonio, puedan ambos esposos optar, en una institución concreta, por una u otra vecindad civil.

Ello siempre que no lo prohíba alguna de sus leyes personales y se haga de modo fehaciente, bien en escritura pública, bien por comparecencia ante el juez encargado del Registro Civil.

En el fondo, la propuesta viene a generalizar la regla que en materia de régimen económico matrimonial, por ejemplo, ha establecido el Código civil tras la reforma de 15 de octubre de 1990, en el párrafo segundo del artículo 9.

3. LA AUSENCIA DE HECHO:

El título primero de la vigente Ley de Derecho civil de Galicia lleva por título *"De la situación de ausencia no declarada"*, y dedica a ella tres preceptos, los artículos 6, 7 y 8.

El artículo 6 adolece de una serie de imperdonables defectos de redacción que abochornarían a cualquier jurista. Y si, además, tiene un mínimo de sensibilidad y participa del acendrado sentido jurídico del paisano gallego, ese bochorno adquirirá

tintes de profunda irritación. ¿Cómo es posible que un legislador de los albores del siglo XXI pueda hablar hoy de *"capacidad jurídica plena"*? Tal exigencia daría pie a pensar que en la Galicia actual todavía se conservan situaciones de "capitis deminutio".

Sólo si hay sujetos que no tienen, según el Derecho, capacidad jurídica plena, puede exigirse ésta para representar a otro.

Lo que el precepto pretende requerir al representante del ausente no declarado es capacidad de obrar plena. Y semejante confusión no puede cometerla ningún aprendiz de jurista. Quizá sea perdonable a algún eminente lexicólogo; pero no al legislador.

Tampoco la enumeración de los llamados a esta –al parecer– representación legal, es muy clara. El precepto dice *"el cónyuge no separado legalmente, los descendientes y los ascendientes, por este orden, con capacidad jurídica plena,* ***mayores en edad en relación con los de su grado,*** *representarán al ausente..."*.

¿Qué quiere decir el precepto?, ¿que llama primero a la persona de más edad de las enunciadas? Parece que no es tal su lectura. Sería llamado, en primer lugar, el cónyuge, después el descendiente de más edad y, por último, el ascendiente, también de mayor edad.

Esto último, en situaciones normales, puede resultar absurdo. ¿Cómo preferir a un anciano no incapacitado; pero cuyas condiciones mentales o físicas no sean ya las mejores habiendo otros más jóvenes?

Por otro lado, la alusión en el artículo 7 a que los *"bienes del ausente"* son ***"aprovechados"*** por su "representante" tampoco parece muy técnica.

El usufructo es una institución de abolengo milenario y de regulación muy completa. Lo mismo ocurre con los derechos de uso y habitación. Pero, ¿en qué norma se disciplina el "aprovechamiento"? Un jurista de mínima formación no puede incurrir en semejantes dislates.

Por otro lado, al poner en relación el tenor del artículo 7 con el del artículo 8, las incertidumbres se multiplican.

El artículo 7 parece querer atribuir al representante un cierto derecho de usufructo sobre los bienes del ausente –una especie de administración en beneficio propio–; pero el artículo 8, como si el legislador se percatara del despropósito que lo anterior significa, limita el mínimo –paradójicamente– que puede el "representante" percibir: el 25 por 100 de los frutos netos de los bienes que gobierna. Lo que no hace es determinar el límite máximo ni indicar quién, ni con qué criterios, lo hará.

Quizá, sin embargo, los defectos de concepción de la figura sean aún mayores que los de técnica y redacción.

En efecto, el problema jurídico que la no–presencia de una persona en la sede donde deba adoptar una decisión sobre sus bienes plantea, no es el de que alguien pueda inmiscuirse en sus asuntos y decidir por él. A eso ya atiende, desde hace

siglos, la figura de la gestión de negocios ajenos sin mandato.

La novedad e importancia práctica de la figura, pues, debe radicar en, por un lado, imponer a otros, no subsidiaria, sino cumulativamente, la **obligación legal** de atender los asuntos del ausente de hecho. Y, por otro, investirles de los recursos económicos necesarios para sufragar los gastos que ello origine, sin tener que acudir a un lento y costoso procedimiento judicial.

Se trataría de encontrar un mecanismo por el que el "obligado" a la gestión pudiera disponer de bienes del ausente –dinero en una cuenta, por poner un ejemplo– para atender al costo de los actos urgentes de administración.

Se trataría, entonces, de acreditar fehacientemente la situación de hecho –no presencia, ausencia no declarada–, y la condición personal del llamado a la representación, de modo extrajudicial, perentorio y con coste mínimo.

La ponencia entiende que ese mecanismo puede cumplirlo el "acta de notoriedad".

La nueva regulación, pues, debería seguir las siguientes líneas maestras:

Primero: establecer que **todos** los llamados a la representación están obligados, bajo su responsabilidad, a realizar los actos y negocios de administración que no admitan demora para salvaguardar los bienes y los intereses del ausente de hecho.

Segundo: permitir, al que primero tome la iniciativa, instar acta de notoriedad para acreditar los extremos anteriores, y dar al acta valor a efectos de acreditar la representación legal para disponer de bienes del ausente de hecho.

Tercero: dejar claro que la administración se establece en interés del ausente, y no del representante, por lo que éste simplemente debe tener derecho a un resarcimiento por los perjuicios que le irrogue la representación y a un cierto "premio" por ella; pero los beneficios derivados de la gestión deben recaer en el propio ausente.

Entiende la ponencia que el cónyuge presente, no separado legalmente o de hecho (cuando esta última situación pueda acreditarse fehacientemente), debe ser el primer obligado a defender los intereses del ausente y su representante, como ya señala la Ley vigente.

Pero, en ausencia del cónyuge, tras examinar pormenorizadamente las dificultades a que puede conducir un orden rígido de llamamientos alternativos y excluyentes, entiende la ponencia que es preferible conferir la representación y defensa de los intereses del ausente de hecho al que primero inste el acta de notoriedad, pues siendo obligación cumulativa de todos los mencionados en el vigente artículo 6, lo razonable es preferir al que más desvelo ha demostrado al ser el primero en tomar la iniciativa.

El acta debe tramitarse, como resulta evidente, por el Notario hábil para actuar en el lugar del último domicilio conocido del ausente de hecho.

En orden a las facultades del representante del ausente de hecho, deben ser todas las de administración ordinaria. Pero incluyendo en ellas expresamente la disposición del dinero que figure a nombre del ausente. El pago de las deudas de éste, tributarias, hipotecarias, o de cualquier otro orden, es un claro acto de administración. Si no puede disponerse del dinero de ausente con tal finalidad, la figura carecerá de sentido en la vida diaria.

En cambio, para realizar actos de disposición sobre bienes inmuebles, debe el representante obtener autorización judicial.

Entiende igualmente la ponencia, que al tener la figura de la representación del ausente de hecho, su razón de ser en la defensa de éste, el premio mínimo actualmente asignado resulta excesivo. Puesto que el representante tendrá que ser indemnizado de todos los gastos que su gestión le origine, atribuirle una participación de un diez por ciento en los rendimientos de los bienes que administre debe ser, en principio, suficiente.

4. La Compañía Familiar Gallega:

La vigente regulación de la compañía familiar gallega encuentra su razón de ser en una realidad social eminentemente rural.

El legislador de 1995, siguiendo la línea marcada por la Compilación de 1963, contempla los aspectos fundamentales de la compañía familiar siguiendo las pautas de la tradicional familia agrícola gallega, respetando la esencia de una figura que refleja y encierra, como ninguna otra, las peculiaridades de la ancestral sociedad rural gallega.

La ponencia, aún reconociendo el acierto de tal enfoque, entiende que dicha regulación se ha quedado corta en la sociedad actual.

En los últimos años, el desarrollo de nuestro país, al que Galicia no ha sido en absoluto ajena, ha propiciado una serie de profundas transformaciones sociales y económicas, que han alterado también, como no podía menos de ser, el ámbito rural. La tradicional explotación agrícola ha experimentado, con la incorporación a la Unión Europea, un cambio radical. En un mundo caracterizado por la competitividad y las leyes del mercado, las explotaciones agropecuarias o se industrializan o mueren. El lugar acasarado ha dejado de ser un pequeño microcosmos orientado a la autosuficiencia, para convertirse en una empresa más, una primera etapa en la fase productiva, cada vez más mercantilizada, que ha tenido que ampliar sus actividades tradicionales a otras complementarias y organizarlas con criterios empresariales.

La explotación agraria es cada vez menos agraria y más explotación.

Pero además, por más que se hable de crisis de la institución familiar, en Galicia todavía es muy frecuente la familia extensa, unida por muy poderosos vínculos afectivos y económicos. Sin embargo, esa misma familia ha ido abandonando el campo e instalándose en la ciudad. No hay que olvidar que el desarrollo urbano gallego es uno de los más importantes de España en los últimos veinte años.

Las explotaciones agrícolas se reducen drásticamente en número. Se concentran. Pero la explotación familiar mantiene su esencia básica: el trabajo en común del grupo. Esta explotación conjunta, familiar, de pequeñas industrias artesanales, de pequeños –o menos pequeños– comercios, es una realidad social innegable.

En suma, la ponencia entiende que la regulación actual de la compañía familiar se ha quedado algo anticuada, al estancarse en el mundo rural y la explotación agropecuaria, cuando la familia del siglo XXI, todavía muy fuerte en Galicia, es ya predominantemente urbana.

Se propone por ello ampliar la regulación a las pequeñas industrias familiares, tanto fabriles como comerciales.

Hoy como ayer, el hijo continúa la explotación del padre y se integra en ella. Pero esta explotación no es ya, sólo, un lugar acasarado. Hoy es el bar, el comercio, la pequeña fábrica textil, y tantos y tantos otros negocios en los que trabaja la familia como un todo.

No obstante, como la ponencia es consciente de que mientras la figura de la compañía familiar es sentida como algo vivo en el campo, que todo agricultor sabe lo que es "casar para casa", quizás no resulte tan clara su existencia en el ámbito urbano.

Por ello, admitir su constitución tácita, pudiera resultar perturbador. De ahí que se proponga admitirla; pero exigiendo que se constituya de modo expreso y voluntario.

En este sentido, parece también razonable sugerir al Gobierno gallego que cree un registro administrativo, de mera publicidad, en que las compañías familiares existentes que lo deseen, puedan inscribirse.

Por último, entiende también la ponencia que deben introducirse, como causas de modificación y extinción de la compañía las de separación, nulidad y divorcio.

En este punto es quizás, en relación con la figura, donde el legislador de 1995 fue menos consciente del cambio social operado desde el año 1963.

En la Galicia rural de los años sesenta, las situaciones de crisis matrimonial eran prácticamente inexistentes, y por ello el legislador pudo tener en cuenta sólo el "casar para casa" y no el "descasar".

Pero en el año 1995, tal realidad había cambiado profundamente.

Hoy, la separación y el divorcio han llegado también al campo, y el hijo que se casó para casa, se separa, judicialmente y de hecho, y se divorcia.

Urge, pues, tener estas situaciones en cuenta como causas de modificación e incluso extinción de la compañía familiar.

Existiendo en la ponencia una práctica unanimidad sobre la configuración de

la compañía familiar gallega, hay un punto, sin embargo, en que se han escindido los pareceres. Es el relativo a quienes deben ser considerados integrantes de la compañía. Mientras la mayoría de los miembros de la ponencia son partidarios de mantenerla en sus actuales términos, aún sin desconocer la realidad social de las parejas de hecho, los Sres. BARXA y PACHO, consideran necesario adecuar la base subjetiva de la compañía a esa realidad sociológica, entendiendo que pueden constituirla no sólo los unidos por vínculo matrimonial, sino también aquellos que se encuentren en una situación de hecho asimilable. Las razones de su voto particular son las siguientes:

"En primer lugar, consideramos que históricamente la compañía familiar ha ido por delante del mundo jurídico. Así la mujer podía ser miembro de dicha institución sin necesidad de licencia marital como acontecía antes de la modificación del Código civil, lo que ya había puesto de manifiesto en la doctrina el propio PAZ ARES. Tampoco podemos pasar por alto que si algo ha definido a la compañía familiar gallega es la trascendencia de los parámetros jurídicos estrictamente convencionales. Como ha señalado toda la doctrina, la compañía pervivía en el mundo gallego desde bastante antes de la propia entrada en vigor del Código civil. Cuando éste entró en vigor, no reguló el Derecho civil especial y, por ende, tampoco la compañía familiar gallega con lo que continuó vigente pero sin soporte legal. En el año 1963, con los apéndices de Derecho especial, se le otorgó por fin carta de naturaleza jurídica, refrendado por la propia Ley de Derecho civil de Galicia de 1995.

También su condición de tácita, retuerce los principios básicos que habrían de ser de una figura jurídica, sin embargo, confiriéndole una virtud de adaptación al mundo real y al mundo jurídico, con una relatividad que ha hecho que se mantenga no sin dificultades.

En segundo lugar, la propia esencia de la institución, su carácter familiar, hace que deba ser muy sensible a los cambios sociales, ya que si existe una institución jurídica de base social, familiar por antonomasia, es precisamente la compañía familiar.

Si se han trascendido los propios lazos de la unión matrimonial en la vida social, configurándose una familia extramuros del matrimonio, entonces esta realidad debería ser reconocida por la compañía en la medida de que al final éste es un hecho social, tanto del ámbito rural como del ámbito urbano. Es un hecho social en el ámbito urbano y por supuesto en el ámbito rural, y en ambos se da. Lejos queda el concepto de compañía familiar formada por dos ancianos y por un hijo y una nuera que vivían en comunidad porque no podían hacerlo de otro modo. La compañía familiar que ahora estemos confeccionando será la que emplee la familia gallega del siglo XXI y no aquella otra ya superada.

En tercer lugar, y en puridad jurídica, podría pensarse que la regulación de las uniones de hecho debería ser una regulación general, y nunca afrontarlo desde una institución concreta. En nuestra opinión, como se observa en todos los ámbitos del Derecho público y privado, la sociedad impone presupuestos reales a los que se enfrenta el Derecho no de un modo sistemático sino tratando a cada momento de dar soluciones concretas a los problemas suscitados en sus regulaciones.

Si no ha habido una nueva codificación del Derecho civil, con las modificaciones tan relevantes que se han producido en los últimos años en el Derecho de familia ¿acaso se puede pensar que se realizará a corto plazo una nueva regulación general para introducir las uniones extramatrimoniales? Pues bien, es precisamente por eso por lo que sugerimos que una futura regulación de la compañía familiar gallega acoja la fórmula "matrimonio o situación de hecho asimilable". En una línea semejante a la seguida por la propia Ley de arrendamientos urbanos de 1995, que recoge en su artículo 12, párrafo cuarto, una referencia clara a una

realidad social sin cobertura jurídica en el momento actual.

Ya como corolario, diremos que parece incontrovertible que la compañía familiar ha sido, históricamente, el paladino reflejo del propio perfil de la sociedad gallega en general, y de su configuración familiar en particular; en este momento en el que la familia tiene una distinta naturaleza, cambiemos pues el concepto matrimonial transcendiéndolo y actualizándolo al momento actual. Decía el pensamiento ilustrado, y entre ellos SARMIENTO lo expuso con toda claridad, que las leyes eran de un tiempo y de un lugar, si habrá de tenerse en cuenta nuestra opinión para una futura Ley gallega, no dejaremos de señalar que estamos ante la oportunidad de poner el Derecho gallego a la vanguardia de los textos jurídicos civiles y a convertirnos en un referente en el campo del Derecho privado".

Hasta aquí el voto particular.

5. EL RÉGIMEN ECONÓMICO FAMILIAR:

En relación con el régimen económico matrimonial, la ponencia comparte el criterio legal de respetar la libertad de los cónyuges para determinarlo. Pero entiende necesario corregir el grave desliz que padeció el legislador al redactar el artículo 113. En efecto, parece difícil, por un lado, admitir la transacción en cuestiones relativas al estado civil de las personas. El Código civil prohíbe, expresamente, transigir sobre *"cuestiones matrimoniales"* –art. 1814.

Pero, por otro, si el matrimonio se ha disuelto por divorcio o nulidad ¿cómo regular entonces su régimen matrimonial?

En definitiva, parece probable que el legislador haya confundido los pactos sobre liquidación de bienes, o los relativos a los convenios reguladores, con las auténticas capitulaciones matrimoniales.

Por ello, la ponencia estima necesario suprimir el inciso final del primer párrafo del artículo 113, terminando con un punto y aparte después de *"pero necesariamente en escritura pública"*.

6. LAS DONACIONES POR RAZÓN DE MATRIMONIO:

Las donaciones por razón de matrimonio ofrecen, en la Ley vigente, una regulación incompleta y que ofrece flancos abundantes a la crítica.

El punto 2 del artículo 114 es particularmente criticable. Admite la donación de *"bienes presente o futuros e incluso también para caso de muerte, en igual medida que la fijada para la sucesión testada"*.

Es decir, parece parificar la donación de bienes presentes con la de bienes futuros, e incluso con las donaciones *mortis causa*.

Semejante mezcolanza no resulta acertada. Entiende la ponencia que, aún admitiéndolas todas, resulta necesario distinguir claramente unas y otras donaciones, tanto en su génesis como por sus efectos.

Las donaciones de bienes presentes son donaciones *inter vivos* normales, que atribuyen la propiedad de lo donado, si bien causalizadas por el matrimonio. Lo que

determinará su ineficacia si éste no llega a contraerse o se disuelve.

Las donaciones de bienes futuros, en cambio, son pactos sucesorios, y deben regirse por las normas aplicables a éstos.

Por otro lado, la regulación del artículo 116 resulta demasiado tajante, al determinar la ineficacia sin tener en cuenta quién sea el titular actual de los bienes. No hay que olvidar que el donatario, desde que recibe la donación, es propietario y, consiguientemente, puede disponer. ¿Afectará la ineficacia sobrevenida a cualquier tercero legítimo titular de los bienes? Entiende la ponencia que la protección del tráfico obliga a proscribir tal efecto.

Por las razones apuntadas la ponencia propone una nueva regulación, más perfilada, de esta figura con arreglo a las siguientes pautas:

– Perfilar la definición, aproximándola a la más precisa del Código civil, si bien recogiendo la especialidad de que puedan hacerse después de la celebración del matrimonio.

– Diferenciar claramente los efectos de la donación de bienes presentes (que determinará la adquisición inmediata de los bienes donados), de la de bienes futuros (en la que la adquisición debe subordinarse a la muerte del donante).

Al ser esta última una especie dentro de los pactos sucesorios, es preferible remitir su regulación a la de estos pactos, que, de acuerdo con la propuesta de la sección sexta, deben recibir una regulación unitaria y mucho más detallada.

– Establecer que las donaciones por razón de matrimonio pueden modalizarse, como cualesquiera otras, sujetándolas a condición.

– Toda vez que la sociedad de gananciales es el régimen de bienes propio de Galicia, parece conveniente aceptar la regla que tras la reforma de 1981 estableció el Código civil de que las donaciones hechas a los dos esposos conjuntamente y sin especial designación de partes tendrán carácter ganancial, si la liberalidad es aceptada por ambos y el donante no dispone lo contrario.

Por último, resulta necesaria una regulación mucho más detenida de las causas de ineficacia.

Entiende la ponencia que deben distinguirse varios supuestos. Unos de ineficacia absoluta: que el matrimonio no llegue a contraerse en el término de un año desde la donación.

Y otros de ineficacia relativa: los supuestos de nulidad, separación o divorcio.

Estos últimos, la Ley vigente los trata erróneamente desde dos puntos de vista: primero, por considerarlos causa de ineficacia automática de la donación. Y, segundo, por determinarla sólo respecto del cónyuge de mala fe o al que sean imputables los hechos que motivaron dicha separación, divorcio o nulidad.

Este planteamiento olvida dos cosas. Por un lado, que la donación puede haber sido hecha por terceros, a los que tiene que ser indiferente que el donatario sea

o no culpable. Por otro, que la culpabilización en la separación o divorcio es, procesalmente, cada vez de menor importancia.

Por las razones apuntadas entiende preferible la ponencia que la separación, nulidad o divorcio, en lugar de determinar la inexistencia *ope legis* de la donación, deben tratarse simplemente como causas de revocación.

Parece más coherente con el respeto a la libertad individual permitir al donante, que contempló el matrimonio como causa de su acto de liberalidad, la posibilidad de revocar la donación, que imponérsela por obra de la ley.

Y, por otra parte, debe también tenerse en cuenta el hecho de que los bienes donados continúen o no en poder de los donatarios.

En el primer caso, la revocación producirá efectos reales. En el segundo, no puede caber la ineficacia en perjuicio del tercero, y simplemente debe proceder un resarcimiento por equivalencia.

Sólo en las donaciones entre esposos cabría mantener el principio, hoy vigente, de que conserve los bienes donados el que no haya sido causante de los hechos determinantes de la nulidad, separación o divorcio.

II
COMUNICACIONES

LA AUTOTUTELA EN EL DERECHO DE GALICIA

Antonino Vázquez Bonome
Abogado y Doctor en Derecho

Es harto conocido el fenómeno de la prolongación de la vida del ser humano en los últimos tiempos, a la vez que va perdiendo agudeza en sus sentidos, decreciendo su salud mental con el paso de los años.

Paralelamente, según avanza la vejez, son más frecuentes los casos de personas mayores que, disponiendo de medios económicos suficientes para su subsistencia, carecen de la lucidez necesaria para regirse por sí mismas, y son "convencidas" por sus familiares o amigos para que adopten decisiones en perjuicio de sus intereses.

Con el paso del tiempo el viejo puede llegar a estar incapacitado de hecho o enfermo; y si convive con otros familiares que lo cuidan, puede ser atraído fácilmente por éstos con promesas, y a veces mediante presiones, para que done sus bienes en favor de los familiares.

Durante los años en que hemos ejercido la abogacía, hemos conocido casos, relativamente frecuentes, en los que el resultado de estas maquinaciones suele ser el mismo: la persona mayor queda en la miseria o, en el mejor de los casos, termina en un asilo, mientras sus bienes van a parar a personas desaprensivas.

En algunos casos la persona mayor vive sola; tiene hijos y nietos, pero se encuentran en el extranjero; unos vecinos cuidan al viejo de vez en cuando, y si el anciano padece demencia senil, puede ser convencido fácilmente para que disponga gratuitamente de sus bienes en beneficio de los cuidadores, y en perjuicio del donante y de sus herederos.

Pero uno de los casos más frecuentes es el de una persona mayor que a causa de su avanzada edad convive con un familiar y éste le convence de la conveniencia de poner las cuentas bancarias, indistintamente, a nombre de ambos; pero luego el familiar se apropia del saldo de la cuenta.

Menos frecuente es el caso de una señora soltera que cuidó a sus sobrinas

como hijas, y éstas al llegar a la mayoría de edad convencieron a su tía para que les donase la totalidad de sus bienes; tan pronto lo consiguieron, la arrojaron de casa, dejándola sin recursos.

Otro caso, relativamente corriente, es el de un viudo y una viuda, que deciden vivir juntos, causando alarma en las respectivas familias; cada grupo familiar por su lado se apoderó de las respectivas libretas bancarias ante el temor de que el dinero fuese para la otra familia; y los dos ancianos quedaron sin recursos.

El problema de los mayores que no tienen compañía es una cifra en aumento; normalmente son personas que tienen dificultades para moverse y a las que una simple caída puede hacerles imposible volver a levantarse; el problema es dramático; días después, los familiares o vecinos los echan en falta y dan la voz de alarma por el fuerte olor que se percibe. Pero ya es tarde.

Un mecanismo de ayuda como el de teleasistencia, con un mando de aviso si el anciano está en una situación de urgente necesidad, puede facilitar una gran ayuda, pero el problema sigue siendo grave, aunque puede reducir el número de víctimas entre las personas mayores que viven solas.

Hace falta algo más. Estas situaciones se producen porque estamos ante una laguna jurídica, en pleno siglo XXI. Podría pensarse en un testamento *ad cautelam*, otorgable en momento lúcido, en el que el testador dispusiese la irrevocabilidad de la disposición de sus bienes e incluso de su persona, de modo que no pudiese variarlo cuando llegase a estar incapacitado por la edad.

Mediante testamento se puede designar tutor para menores no emancipados, que no estén bajo patria potestad y a incapacitados, pero el testador no puede designar en testamento un tutor o curador para sí mismo cuando esté incapacitado (art. 222 Cc).

Pero el Código civil vigente dispone (art. 737) que todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas y que han de tenerse por no puestas, entre otras cláusulas, las derogatorias de las disposiciones futuras.

Es un problema para el que nuestro *Derecho foral* tiene una solución, aunque imperfecta: consistiría en otorgar un *"contrato de vitalicio"*, mediante el cual *"una o varias personas se obligan, respecto a otra u otras a prestar alimentos en la extensión, amplitud y términos que convengan a cambio de la cesión o entrega de bienes por el alimentista.– 2. En todo caso, la prestación alimenticia comprenderá el sustento, la habitación, el vestido y la asistencia médica del alimentista, así como las ayudas y cuidados, incluso los afectivos, adecuados a las circunstancias de las partes"* (art. 95 LDCG).

Pues bien, dentro de las competencias del Estatuto de Galicia en materia de *Derecho foral*, creemos que sería factible desarrollar la Ley foral en relación con la *autotutela*, de modo similar a la Ley 9/1995 de 15 de julio que regula el Derecho foral de la Comunidad Autónoma de Cataluña, cuyo Parlamento aprobó esta institución, descrita en el artículo 172 de dicha Ley foral, en los siguientes términos:

"Delaciones hechas por uno mismo.

1. Cualquier persona, en previsión de ser declarada incapaz, puede nombrar, en escritura pública, a las personas que quiere que ejerzan alguno o algunos de los cargos tutelares... así como designar a sustitutos de los mismos o excluir a determinadas personas...".

En Galicia hay muchas personas mayores, en la última fase de su vida, a quienes una Ley foral como la que proponemos mediante esta ponencia, podría salvar su situación.

III

ACTAS DE LAS SESIONES Y CONCLUSIONES

ACTA DE LA SECCIÓN SEGUNDA:

Presidente:
D. José Cora Rodríguez
Vicepresidente:
D. Luis González Deus
Vocales:
D. José Manuel Babío Arcay
Dña. Rosario Crespo Prieto
Relatores de la ponencia:
D. Julio Barros Casal
D. Nemesio Barxa Álvarez
D. José Manuel Lois Puente
D. José Manuel Pacho Blanco
D. Jesús Varela Fraga
Secretaria:
Dña. Lourdes López Fernández

En la Sala primera del Palacio de Congresos de A Coruña, siendo las 16:00 horas del día 27 de noviembre de 2002, se constituye la Mesa con los asistentes reseñados al margen.

A las 16:10 horas da comienzo la sesión, que se inicia con unas palabras del Sr. Presidente, D. JOSÉ CORA RODRIGUEZ, agradeciendo la participación de los presentes en el acto y manifestando su decisión de abstenerse en todas las votaciones que se realicen.

A continuación se concede la palabra a D. JOSÉ MANUEL LOIS PUENTE quien, como portavoz del equipo de juristas autores de la ponencia "Persoas e Familia", procede a su defensa, señalando que han tratado de corregir, en primer término, errores de terminología y, en segundo término, errores de concepción. La ponencia se divide en cinco apartados, siendo el primero de ellos el relativo a la "Autotutela": se insta la regulación de esta institución y se pretende dar entrada en la Ley de Derecho civil de Galicia a la misma, siendo el propio tutelado el que regule en el futuro con mayor libertad su propia tutoría.

El segundo apartado hace referencia a la "Vecindad civil", proponiéndose que sean los propios otorgantes del matrimonio los que pacten la sujeción a las normas de la vecindad civil gallega.

El tercero de los puntos tratados es la "Ausencia de hecho", y, ante la innegable mayor presencia en Galicia de este tipo de asuntos en comparación con otras zonas del territorio nacional, se propone una mayor sencillez en la prueba de ausencia y una disposición inmediata en cuanto a la administración de bienes del

ausente, señalando el acta de notoriedad como medio para acreditar la ausencia.

En cuarto lugar se trata el tema de la "Compañía familiar gallega", institución anclada en el pasado, a la debe darse una visión de futuro. Para ello se propone que dicha institución se extienda al ámbito mercantil y no se ciña únicamente al ámbito rural, estableciéndose una mayor publicidad a través de la creación de un registro administrativo o cualquier otra fórmula. La institución, tal y como está regulada en la Ley de Derecho civil de Galicia, no prevé la separación o el divorcio como causa de extinción, lo que en el momento actual se hace necesario regular.

En este punto se hace mención a la existencia de un voto particular formulado por los Sres. PACHO BLANCO y BARXA ÁLVAREZ, quienes entienden que se debe dar entrada, también, a las situaciones de hecho equiparables al matrimonio.

El punto quinto se refiere al "Régimen económico matrimonial", donde los autores de la ponencia comparten el criterio de respetar la libertad de los cónyuges para determinarlo, si bien entienden que en la redacción del artículo 113.1 se incurre en contradicción con el Código civil al permitir, el referido artículo, la transacción para variar el régimen económico. Por ello se propone suprimir el inciso final del artículo 113.1 y que su redacción finalice después de *"pero necesariamente en escritura publica"*.

Finalmente se trata en la ponencia de las "Donaciones por razón de matrimonio", donde los autores plantean introducir una mayor libertad que permita al donante, que contempló el matrimonio como causa de su acto de liberalidad, revocar su decisión.

Acto seguido, el Sr. Presidente concede la palabra a D. JOSÉ MANUEL PACHO BLANCO para defender, en su propio nombre y en el de su compañero, D. NEMESIO BARXA ÁLVAREZ, el voto particular relativo a la conveniencia de dar cabida en la institución de la compañía familiar gallega a todas aquellas situaciones de hecho asimilables al matrimonio.

Toma la palabra el Sr. GARCÍA MONDELO para manifestar su apoyo al voto particular, señalando que los ponentes no firmantes del mismo incurren en una contradicción al haberse recogido en la ponencia de la sección sexta, en sede de legítimas y usufructo, la fórmula de "situaciones de hecho similares al matrimonio" y manifestando también su apoyo a que la institución de la compañía familiar gallega se abra al comercio y al mundo industrial.

Se concede la palabra a Dña. ROSARIO CRESPO, quien interpela a los ponentes sobre el apartado del régimen económico matrimonial, en el sentido de saber si ellos proponen la supresión de la obligatoriedad de la escritura pública. Al respecto, el Sr. LOIS PUENTE manifiesta que únicamente se propone la supresión del inciso final del artículo 113.1. La Sra. CRESPO se muestra conforme con la propuesta toda vez que entiende que la redacción actual del citado precepto confunde la liquidación de gananciales con el pacto sobre el régimen matrimonial; asimismo encuentra muy interesante el trabajo sobre la autotutela, con la innovación que ello supone, precisándose por el Sr. GONZÁLEZ DEUS que la institución de la autotutela ya se halla regulada en la Comunidad Autónoma de Cataluña.

A continuación el Sr. GONZÁLEZ DEUS pregunta a los redactores del voto particular por qué se introducen las "situaciones de hecho asimilables al matrimonio" en la institución de la compañía familiar gallega y, sin embargo, no lo amplían a las demás instituciones como, por ejemplo, la autotutela.

Toma la palabra el Sr. LOIS PUENTE, señalando que los autores de la ponencia estaban en su mayoría de acuerdo en no dar entrada a las "situaciones de hecho asimilables al matrimonio" por la situación de transitoriedad que llevan implícita; en su opinión debe esperarse a que exista una regulación sobre uniones de hecho, a pesar de entender que se trata de una regulación de segundo orden con la que se muestra disconforme.

El Sr. GONZÁLEZ DEUS reitera que, por una cuestión de coherencia, debería ampliarse "las situaciones asimilables al matrimonio" a todas las demás instituciones, no entendiendo por qué, si se introduce en la compañía familiar gallega, ello no se extiende a todos los demás ámbitos.

Se concede la palabra a D. RAÚL MEIZOSO, quien se muestra conforme con el voto particular, así como con extenderlo no sólo a la compañía familiar gallega sino a cualquier otro ámbito. Entiende el Sr. MEIZOSO que el problema surge al no haber una Ley de uniones de hecho y que en el momento en que ésta sea aprobada desaparecerán todas las dificultades que puedan plantearse.

Acto seguido el Sr. LOIS PUENTE precisa que, de redactarse así la ponencia, se apartaría del Derecho vigente, apuntándose, al respecto, por el Sr. MONDELO, la conveniencia de adelantarse a la Ley.

Toma la palabra el Sr. BARROS CASAL para manifestar que debe aprobarse de forma previa la Ley de uniones de hecho, que contemple los requisitos y plazos y que sería en ese momento cuando procedería la extensión a todas las instituciones.

El Sr. PACHO BLANCO se ratifica en su opinión de que se debe dar entrada en las instituciones del Derecho de familia de Galicia a las "situaciones de hecho asimilables al matrimonio", lo que situaría al Derecho gallego a la vanguardia del Derecho de familia.

El Sr. LOIS PUENTE insiste en que no se debe introducir la equiparación hasta que exista una Ley reguladora de las uniones de hecho.

D. RAÚL MEIZOSO vuelve a intervenir significando que deben contemplarse ya las "situaciones asimilables al matrimonio" en las distintas leyes, de suerte tal que, en el momento en que exista una regulación legal sobre uniones de hecho estableciendo sus requisitos, estos comenzaran a aplicarse de forma inmediata.

El Sr. PACHO BLANCO estima que debe introducirse ya dicho concepto en algunas instituciones sin esperar a la aprobación de la Ley; no desconoce la dificultad jurídica que supone la posible modificación en este foro de la regulación del matrimonio, aunque cree posible la consideración de las "situaciones de hecho asimilables al matrimonio" a los efectos de las instituciones de Derecho gallego.

El Sr. BABÍO ARCAY señala que el concepto de "situación asimilable al

matrimonio" ya se encuentra presente tanto en la Ley de Arrendamientos Urbanos como en la legislación sobre Seguridad Social, existiendo ya una aplicación práctica de tal concepto a pesar de no haber una ley reguladora. Entiende que se puede ir introduciendo en pequeñas instituciones, que dan solución a los problemas diarios de las personas que se hallan en esas circunstancias. La situación de las parejas de hecho está regulada por vía jurisprudencial, aun cuando se trate de casos puntuales, pudiendo ahora seguirse un íter idéntico al de la Ley de Arrendamientos Urbanos, donde primero se contemplaron los derechos en los arrendamientos de las parejas no casadas por vía de la jurisprudencia y posteriormente se introdujeron en el texto de la propia Ley. Finalmente califica de cobardía el hecho de no atreverse a contemplar la situación social actual.

El Sr. GARCÍA MONDELO vuelve a recordar a los autores de la ponencia que, en la medida en que los autores de la ponencia de la sección sexta introducen el concepto de "situación asimilable al matrimonio" en relación con el usufructo del cónyuge viudo, se estaría produciendo un contrasentido que implica el no querer introducir dicho concepto en las instituciones de Derecho de familia como la compañía familiar gallega o la regulación de la autotutela que proponen.

El Sr. LOIS PUENTE manifiesta que, en su opinión, no existe tal contradicción ya que se trata de instituciones diferentes y en el usufructo debe primar la voluntad del atribuyente. Reconoce la situación de paradoja y señala que en tanto no se apruebe la Ley de uniones de hecho seguirán apareciendo contradicciones.

El Sr. GONZÁLEZ DEUS señala que, a su entender, el hecho de no atender a la realidad social de las parejas de hecho en el Derecho gallego supone, efectivamente, una cobardía.

A continuación, hace uso de la palabra D. JESÚS VÁZQUEZ, quien trae a colación la concesión de pensiones compensatorias a las parejas de hecho. En otro orden de ideas, el Sr. VÁZQUEZ considera muy interesante la regulación en Galicia de la autotutela, si bien no cree que pueda tener base en el Derecho consuetudinario. En relación con la ausencia de hecho se muestra conforme con que se agilicen todos los trámites para su declaración, aunque estima preferible que se realice por cauces judiciales y no a través de las actas notariales con el costo suplementario que éstas implican.

Retomando la cuestión de las "situaciones asimilables al matrimonio" el Sr. BABÍO ARCAY insiste en que, en su opinión, no puede hablarse de inoportunidad en la introducción de las mismas en el "Código civil gallego", entendiendo que es pertinente adelantarse, aun cuando sólo sea únicamente porque las personas que se vean afectadas en Galicia se sientan protegidas y con amparo legal propio. Asimismo, señala la necesidad, en su opinión, de que el régimen económico matrimonial que rija en Galicia por defecto, esto es, en ausencia de pacto, sea el de separación de bienes en lugar del de la sociedad legal de gananciales.

Seguidamente se procede a la votación tanto de la ponencia como de las enmiendas presentadas. La Mesa opta por someter a votación, en primer término, la ponencia por apartados separados, así como el voto particular formulado por los

Sres. PACHO BLANCO y BARXA ÁLVAREZ y, en segundo término, la enmienda presentada por la mayoría de los presentes en cuanto a la ampliación a todas las instituciones de las "situaciones asimilables al matrimonio".

Realizada la votación entre los diecinueve participantes en la Sala más los cinco componentes de la Mesa, la misma arroja el siguiente resultado:

– Autotutela.– Se aprueba por "Unanimidad".

– Vecindad civil.– Se aprueba por "Unanimidad".

– Ausencia de hecho.– Se aprueba por "Unanimidad".

– Compañía familiar gallega:

De conformidad con la redacción de la ponencia: 9 votos.

De conformidad con la redacción del voto particular: 13 votos.

Se aprueba, en consecuencia, la redacción de la ponencia de conformidad con el voto particular.

– Régimen económico–matrimonial.– Se aprueba por "Unanimidad".

– Donaciones por razón de matrimonio.– Se aprueba por "Unanimidad".

– Enmienda consistente en la ampliación de las "situaciones asimilables al matrimonio" a la totalidad de las instituciones: 16 votos a favor.

Y no habiendo más asuntos que tratar, siendo las 20:00 horas del mismo día, se levanta la sesión, de la que yo, el Secretario, con el V.ºB.º del Sr. Presidente, doy fe.

CONCLUSIONES DE LA SECCIÓN:

Conclusiones que la sección segunda somete al Pleno del Congreso para su aprobación, si procede:

PRIMERA.– Instar la regulación de la institución de la autotutela.

SEGUNDA.– Introducir un nuevo precepto en la Ley de Derecho civil de Galicia, que permita a los que no tienen la vecindad civil gallega, pero residan de forma permanente en Galicia, acogerse a sus normas, e igualmente que, en los casos de vecindad mixta, habiendo matrimonio, puedan los esposos optar por una u otra vecindad civil.

TERCERA.– Modificar la redacción de los artículos 6, 7 y 8 de la Ley de Derecho Civil de Galicia en el sentido de facilitar la declaración de ausencia de

hecho a través de un acta de notoriedad, que implique la autorización para los actos de administración normales de carácter urgente de los bienes del ausente, si bien los actos de disposición seguirán bajo la tutela judicial.

CUARTA.– Modificar el articulado regulador de la compañía familiar gallega en el sentido de no circunscribirla al ámbito rural, ampliando su regulación al comercio e industria familiares, exigiendo una voluntad expresa de las partes y sugiriendo la creación de un registro administrativo a efectos de publicidad. Introducir como causa de extinción o modificación de la compañía la separación, divorcio o nulidad del matrimonio de los partícipes. Y finalmente, establecer que los componentes de la compañía familiar gallega sean, no sólo los cónyuges, sino también los miembros de las situaciones de hecho asimilables al matrimonio.

QUINTA.– Supresión de la expresión "transacción judicial" del artículo 113.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia, que hace referencia a la modificación del régimen matrimonial a través de la transacción judicial, por entrar en contradicción con la prohibición expresa del Código civil de la transacción en cuestiones que versan sobre el estado civil de las personas.

SEXTA.– Proposición de una nueva regulación de las donaciones por razón de matrimonio, con arreglo a las siguientes pautas:

1. Perfilar el concepto, aproximándolo al del Código civil, si bien recogiendo la especialidad de que puedan hacerse después de celebrado el matrimonio.

2. Diferenciar claramente los efectos de la donación de los bienes presentes de la de bienes futuros.

3. Establecer que las donaciones por razón de matrimonio puedan modalizarse, sujetándolas a condición.

4. Adecuarla a la regla, ya recogida en el Código civil, de que las donaciones hechas a los dos esposos conjuntamente y sin especial designación de partes, tendrá la consideración de ganancial si la liberalidad es aceptada por ambos.

5. Recoger exhaustivamente las causas de ineficacia.

SÉPTIMA.– Que se inste al legislador gallego que todas aquellas referencias que en la legislación foral se hagan al matrimonio en sentido estricto se extiendan a todas las parejas de hecho o asimilables al matrimonio.

SECCIÓN TERCERA

«SEBASTIÁN MARTÍNEZ-RISCO Y MACIAS»

DERECHOS REALES

SUMARIO:

I.– PONENCIA: Preliminar.– Algunas consideraciones sobre la constitución de la servidumbre de paso a través de negocio jurídico en Derecho gallego.– Problemática de la servidumbre forzosa de paso.– Problemática jurídica de las serventías.– La acción negatoria de servidumbres en relación con la adquisición de servidumbres.– Análisis de las presunciones de serventía en el borrador a la reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia.

II.– COMUNICACIONES:

- "Breves consideraciones sobre la *serventía* y el *camiño do agro"*, por D. JOSÉ ANTONIO LÓPEZ GRAÑA.
- "El retracto de graciosa", por D. JOSÉ MANUEL SILVOSA TALLÓN.
- "La costumbre en la plantación de árboles en Galicia", por D. JESÚS VARELA FRAGA.

III.– ACTAS DE LAS SESIONES Y CONCLUSIONES:

I

PONENCIA

PONENTES:

FRANCISCO MANUEL BOTANA TORRÓN
ÁNGEL LUIS REBOLLEDO VARELA
RAMÓN RODRÍGUEZ MONTERO
ANA ISABEL RODRÍGUEZ PARADA
PABLO SANDE GARCÍA
JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

PRELIMINAR:

En la presente ponencia los miembros de la misma, conscientes de la imposibilidad de referirnos a todas las cuestiones que suscita la problemática de los Derechos reales hemos decidido tratar ciertos temas puntuales de los mismos que consideramos de relevante interés por la rica problemática que suscitan, y sin perjuicio, claro está, de los otros que puedan suscitarse en el Congreso. A tal efecto nos hemos dividido la ponencia entre los miembros de la Comisión.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA CONSTITUCIÓN DE LA SERVIDUMBRE DE PASO A TRAVÉS DE NEGOCIO JURÍDICO EN DERECHO GALLEGO

José Luis Seoane Spiegelberg
Presidente de la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña

I. Introducción:

La existencia del minifundio es una de las características más importantes del suelo rústico en Galicia[1] y de ahí la abundancia de fincas enclavadas y la necesidad de las vías que permitan el acceso a las mismas. Esta situación era expresada por GARCÍA RAMOS, en 1912, cuando hablaba de que "subdividida la propiedad gallega hasta lo inverosímil son múltiples las servidumbres de paso con que se hallan gravadas las fincas rústicas a favor del tránsito necesario para el cultivo"[2]. Esta

[1] Según datos del Instituto Galego de Estadística correspondientes al año 1997, más del 57 por 100 de las explotaciones agrarias gallegas disponen de una superficie agrícola inferior a cinco hectáreas.

[2] GARCÍA RAMOS, D., *Arqueología jurídico–consuetudinaria–económica de la Región Gallega*, Madrid, 1912, facsímil Consello da Cultura Galega, A Coruña, 1989, p. 95.

peculiar característica del campo gallego es lo que llevó a GONZÁLEZ LÓPEZ a sostener que "no es lo mismo regular la servidumbre de paso para otras Regiones. Galicia, con el minifundio, exige la excepción como impuesta por la misma razón. La mejor prueba de que se impone una regulación especial de la servidumbre de paso es que nuestros paisanos, pudiéndose liberar del servicio de paso por sus fincas ateniéndose al Código Civil... no suelen promover acciones negatorias. En su conciencia tienen afirmada una idea del derecho completamente distinta de la norma que contiene el Código Civil"[3].

DÍAZ FUENTES expone el negativo influjo de dicha disposición normativa sobre la regulación de la servidumbre de paso en Galicia, y lo hace en los términos siguientes: "O art. 539 do CC, ó veda–la adquisición das servidumes discontinuas pola prescrición, unido ó sentido dado pola Xurisprudencia ó concepto de título, foi unha norma funesta, xeradora constante de preitos e exemplo dos efectos nefastos dun réxime inadecuado para Galicia... en contra dos usos que el, seu pai e os seus avós exercitaron ou soportaron durante moitos anos, a lei vén a desempeña–lo oficio de intrigante, alzando as vontades que estaban espontanemante conformadas"[4].

En definitiva, la existencia de minifundio motiva una suerte de intensas relaciones de vecindad, dada la interdependencia de una finca con respecto a las otras. En la tesitura expuesta el ejercicio de una acción negatoria de servidumbre normalmente por el nuevo adquirente de una finca, unida a la falta de documentación de las relaciones jurídicas, propicia un desencadenamiento de pleitos sucesivos que no favorecen precisamente a la paz social.

Por su parte, BUSTO LAGO expresa la poca incidencia que la legislación de concentración agraria ha tenido en Galicia a la hora de favorecer el acceso a las fincas rústicas mediante la creación de las vías correspondientes[5].

No obstante, y pese a la situación descrita, lo cierto es que la Compilación de Derecho civil de Galicia de 1963, a diferencia de otras legislaciones forales, no contenía precepto alguno relativo a la regulación de la servidumbre de paso, lo que había generado las correspondientes quejas tanto por parte de la doctrina como de la jurisprudencia de los tribunales gallegos. Así en la ponencia de sección IV ("CASTRO BOLAÑO") del I Congreso de Derecho Gallego se afirmaba "la imperiosa necesidad de regular en la futura Compilación revisada esta servidumbre de paso en el agro gallego, de tal generalizada extensión, en aras a la seguridad y a la paz jurídica"[6], y la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 6 de octubre de 1993 señalaba que "aunque el régimen jurídico de la servidumbre de paso, tal como el legislador lo establece, en determinados supuestos, cuando es aplicado en el país gallego, tiene un efecto perturbador, es lo cierto que, no habiendo todavía una legislación autonómica civil que, tomando en consideración las peculiaridades que, dentro de Galicia,

---

[3] GONZÁLEZ LÓPEZ, P., "Lembranza da loita polo Dereito galego", en *Estudos do Dereito civil de Galicia*, Ed. SEPT. Santiago de Compostela, 1973, p. 211.

[4] DÍAZ FUENTES, A., *Dereito Civil de Galicia. Comentarios á Lei 4/1995*, (1997), p. 106.

[5] BUSTO LAGO, J. M., "Servidumbres", tratado de Aranzadi, capítulo XLVI, en prensa (2002).

[6] Libro del I Congreso de Derecho Gallego, pp. 524 y ss.

presentan esa clase de servidumbres para darles una respuesta realista no hay hasta entonces, como única vigente, más que la normativa común, por lo que no es posible, bajo ningún concepto, prescindir de ella, sino que es absolutamente necesario aplicarla, por mandato del principio de legalidad...". Por fin se asumió su regulación, si bien de forma parca, en los artículos 25 a 29 de la Ley de Derecho civil de Galicia de 24 de mayo de 1995, sin abordar no obstante, a fondo, los problemas que la misma suscita en la realidad gallega.

II. Breve consideración de las formas constitutivas de la servidumbre de paso:

En su artículo 25 la Ley de Derecho civil de Galicia, con respecto a la constitución de la servidumbre de paso, señala que la misma: *"se adquiere por ley, por dedicación del dueño del predio sirviente o por negocio jurídico bilateral, cualquiera que sea la forma en que aquel se expresase. Igualmente puede adquirirse por su posesión pública, pacífica e ininterrumpida durante el plazo de veinte años, que comenzará a contarse desde el momento en que hubiese empezado a ejercitarse".*

En el ámbito del Derecho común, la servidumbre de paso, por su condición de aparente y discontinua que es, en cuanto presenta signos exteriores de su realidad (art. 532–5.º Cc), y porque se usa a intervalos más o menos largos y depende de actos del hombre (art. 532.3.º del mismo texto legal), solamente puede adquirirse por título (art. 539 Cc), como con reiteración ha proclamado la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (STS 11–11–1954, 13–10–1961, 2–11–1963, 16–4–1969, 29–5–1979, 15–2–1989, Ar 966, 18–11–1992, Ar 9236, 5–3 y 30–4–1993, Ar 2008 y 2958 entre otras).

Mientras que, por el contrario, en el ámbito de la Ley de Derecho civil de Galicia, y recogiendo el clamor social al respecto, cabe también su adquisición por prescripción, siendo esta última forma adquisitiva una de las novedades más relevantes del mentado texto legal. No obstante, no cabe dar por constituido el gravamen, con base en la prescripción de veinte años, a la que se refiere el artículo 25 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, hasta el año 2015, toda vez que tal precepto carece de efectos retroactivos con respecto a situaciones precedentes a su entrada en vigor, como ha declarado la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en sus sentencias, números 15 y 16, de 24 de septiembre de 1998, que desestiman los recursos de casación interpuestos contra las sentencias de 29 de enero de 1998 de la sección 3ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra y de 22 de enero de 1998 de la Audiencia Provincial de Lugo, así como las de 21 de octubre de 1999 y 26 de enero de 2002 de dicho Alto Tribunal.

El Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en su sentencia de 29 de abril de 1999, igualmente ha proclamado que la adquisición de la servidumbre de paso por prescripción inmemorial no conforma una costumbre propia del Derecho gallego, señalando al respecto que:

> "Entrando, por lo tanto, a examinar el motivo, es necesario reiterar que la Sala no estima que la prescripción inmemorial sea costumbre propia gallega, sino derecho común anterior al Código civil –Ley 15, título 31 de la Partida 3.ª–, aplicable en Galicia en virtud de lo

dispuesto en el artículo 3.1 de la LDCG en relación con la disposición transitoria primera del Código, y así también es invocado alternativamente por el recurrente.

Conviene destacar, ya inicialmente, que la citada costumbre ni fue probada en el juicio como tal derecho consuetudinario gallego, ni puesta de manifiesto su notoriedad conforme a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 2 de la Ley 11/1993 del Parlamento gallego o el 2.1 de la LDCG, por lo que el motivo no podría prosperar de ningún modo.

Sin embargo, retomando la cuestión para razonar aquella negativa, hay que decir que si en nuestras Sentencias 16–5–1995 y 11–10–1996 abríamos una puerta a la posibilidad de invocar la prescripción inmemorial como derecho consuetudinario gallego, por propugnarlo un sector de la doctrina, no es menos cierto que lo admitíamos sólo como posibilidad teórica y de forma colateral al problema allí discutido, sin ahondar en él ni afrontarlo frontalmente como ahora".

Al margen de la constitución por prescripción igualmente cabe la adquisición de la servidumbre de paso por dedicación del dueño del predio sirviente, con lo que se está contemplando el supuesto adquisitivo ya previsto en el artículo 541 del Código civil, como así lo ha declarado el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en su sentencia de 2 de mayo de 2001 (Ar 6537), que señala:

"Pero es que además tampoco podemos compartir que la mención que en el artículo 25 se hace a la dedicación del dueño del predio sirviente como modo de adquisición de la servidumbre de paso se refiera a un acto unilateral de reconocimiento del predio sirviente y no a su establecimiento por signo aparente, también conocida como servidumbre tácita o por destino del padre de familia. El empleo del término dedicación expresa, según la primera acepción que nos facilita el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, la acción de dedicar o dedicarse y es sinónimo de destinación; no puede reducirse, como pretende la recurrente, a un acto unilateral de reconocimiento del dueño del predio sirviente a favor del dueño del predio dominante sino abarcar también ese acto unilateral de establecimiento de un signo aparente de servidumbre. Es más, el empleo del término dedicación, equiparable a destinación, revela la idea de estar refiriéndose el legislador a la servidumbre constituida por destino del padre de familia establecida en el artículo 541 del Código Civil".

III. Constitución por negocio jurídico bilateral:

Por último, se habla de que cabe su constitución *"por negocio jurídico bilateral, cualquiera que sea la forma en que aquél se expresase"*. Forma adquisitiva en la que centraremos nuestro análisis.

La Ley gallega utiliza dicha expresión normativa a diferencia del Código civil que, en su artículo 539, emplea el término más amplio de título, que igualmente se utiliza en otros Derechos autonómicos como, por ejemplo, en el artículo 6 de la Ley catalana 13/1990, de 9 de julio o en al artículo 128 de la Ley de Derecho civil del País Vasco. Por su parte, en la ley 396 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra se hace referencia al término más explícito de constitución por *"actos* inter vivos *o* mortis causa*"*.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha entendido por título el complejo negocio jurídico real determinante del nacimiento de la servidumbre (STS 30–4–1993, Ar 2958) o en palabras de la sentencia de 2–6–1969 (Ar 3191) "todo acto

jurídico bien sea oneroso o gratuito, *inter vivos* o de última voluntad". Su constitución voluntaria por negocio jurídico, cuando se trata de la creación *inter vivos* del mentado derecho real, requiere el indispensable concierto de voluntades dirigido a ese fin, por más que no sea necesaria la escritura pública como elemento *ad solemnitatem* que afecte a la eficacia obligatoria y validez de lo pactado (STS 2–6–1969, Ar 3191; 26–6–1981, Ar 2614; 6–12–1985, Ar 6324 entre otras). No obstante es rigurosa al respecto la mentada jurisprudencia, a los efectos de dar por probada la constitución negocial del gravamen, cuando exige que en el contrato en donde se establezca ha de constar bien clara la voluntad de los otorgantes, ya que en caso de duda ha de operar la presunción de libertad de los fundos (STS 30–10–1959, Ar 3971; 8–4–1965, Ar 2747; 30–9–1970, Ar 3994; 6–12–1985, Ar 6324 entre otras).

Por otra parte, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1993 (RJ 7750):

> "De acuerdo con el art. 540, la falta de título no sólo puede ser suplida por el reconocimiento del dueño del predio sirviente en documento, sino también por sentencia firme, y ésta se tiene que producir como consecuencia de un pleito en el que se pruebe que hubo título para su constitución o, en otras palabras, negocio jurídico creador de la servidumbre, no que hubo un título en el sentido de documento en el que se consignó aquel negocio [S. 26–6–1981 (RJ 2614) y las que cita]. La prueba debe hacerse por los medios admitidos en Derecho, sin que exista precepto alguno que cercene aquellos en estos pleitos".

El artículo 25 de la Ley de Derecho civil presenta deficiencias que sería preciso corregir, en primer término, porque bajo la expresión "negocio jurídico bilateral", que se recogía en el trabajo presentado al Parlamento de Galicia por el Consello da Cultura Galega, a diferencia del contenido en la Comisión Parlamentaria no permanente, que se refería a la "constitución por consentimiento de los titulares de los predios dominante y sirviente", no abarca otras indiscutibles formas constitutivas de la servidumbre de paso, entre las que figuran, en primer término, las disposiciones *mortis causa*, siendo indiscutible la posibilidad, por ejemplo, de la adquisición de tal derecho real a través de un legado de servidumbre, por medio del cual el causante grave una de las fincas de su titularidad a favor de un heredero o tercero, lo que ha motivado que se planteara el problema de si tal precepto contiene una enumeración exhaustiva o *numerus clausus* de las formas constitutivas de tal gravamen en el Derecho gallego, cuestión que ha de responderse de forma negativa, aplicando para los casos constitutivos no previstos la legislación común por mor de lo normado en los artículos 3.1 de la Ley de Derecho civil y 13.2 del Código civil, y en este sentido se ha expresado la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 2 de mayo de 2001 (Ar 6537), que siguiendo la de 29 de abril de 1999 (Ar 4623) del mismo Tribunal, señala:

> "El motivo debe decaer con sólo considerar que el artículo 25 de la Ley 4/1995 ninguna novedad introduce con relación al Código civil en orden a los modos de adquisición de la servidumbre de paso salvo la previsión que en su último párrafo se realiza respecto a la adquisición por prescripción.
>
> Sobre el alcance del artículo 25 ya tuvo ocasión de pronunciarse esta Sala en la sentencia de 29 de abril de 1999 (Ar 4623), afirmando su carácter meramente ejemplificativo.

Decíamos en la indicada sentencia y parece oportuno recordarlo ahora que partiendo de que el legislador gallego al reglamentar la servidumbre de paso (arts. 25 al 29 de la Ley de derecho civil de Galicia) no lo hace en la extensión que lo hizo el legislador central, pero sí perfilando la institución con entornos propios, regulando tanto los modos de adquisición como los de extinción, aunque no de forma exhaustiva sino meramente ejemplificativa como se puede comprobar por la simple lectura de los artículos 25 y 28 de la LDCG, y de que por lo tanto habrá casos en que sea necesario acudir al derecho común para completar su regulación en la forma que determina o artículo 3.1 de la Ley cuando señala que *«se aplicarán el Código civil y demás leyes civiles comunes cuando, al faltar costumbres y leyes civiles gallegas, esas normas no se opongan a los principios del ordenamiento jurídico gallego»*.

Insistiendo en la naturaleza ejemplificativa del citado artículo 25 cumple significar que nada permite deducir del régimen establecido en los artículos 25 al 29 de la Ley de derecho civil de Galicia la solución que propugna la recurrente en orden al establecimiento de «numerus clausus», tesis que sostiene por cierto, dicha parte, sin ningún razonamiento y en contra de una corriente doctrinal pacífica".

Por ello, con mejor técnica jurídica, el artículo 82 del borrador de la reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia ya se refiere a que: "A servidume de paso adquírese por lei, por dedicación do dono do predio servente ou por negocio xurídico. Tamén pode adquirirse por usucapión".

Por otra parte, la expresión por *"negocio jurídico bilateral cualquiera que sea su forma"*, del actual artículo 25 de la Ley de Derecho civil de Galicia ha planteado problemas interpretativos.

Así, por bilateral, se puede entender que el negocio jurídico que constituye la servidumbre ha de ser común al dueño del predio sirviente y dominante al tiempo de la constitución del gravamen, o dicho de otra forma que hayan intervenido en el negocio jurídico a través del cual nace tal derecho real.

Conforme al principio de relatividad de los contratos, proclamado por el artículo 1.257 del Código civil, éstos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos. Si bien es cierto también que la jurisprudencia ha mitigado dicho principio en cuanto a sus límites subjetivos, haciendo extensiva su eficacia a los causahabientes de uno de los contratantes a título particular por actos *inter vivos*, pudiéndose citar como muestra de lo expuesto la sentencia de Sala Primera de 13 de febrero de 1997 (Ar 944), que, expresándose en términos similares a las sentencias de 24 de octubre de 1990 (Ar 8045), 8 de mayo de 1992 (Ar 3891) y 30 de junio de 1997 (Ar 5406), señala:

"El principio de la relatividad de los contratos, en cuanto a sus límites subjetivos, ha sido mitigado en su rigidez por la doctrina de esta Sala, al admitir que las obligaciones y los derechos dimanantes de los mismos transcienden a los causahabientes de uno de los contratantes a título particular por actos «inter vivos» que se introducen en la relación jurídica creada, mediante negocio posterior celebrado con el primitivo contratante (Sentencias de 14 mayo 1928, 6 febrero 1981, Ar 382, 2 noviembre 1981, Ar 4412 y 26 mayo 1989, RJ 3889)".

Los adquirentes a título particular penetran, pues, en la situación jurídica creada a través del negocio jurídico celebrado con el contratante primitivo del que traen causa, es decir que el que adquiere una finca de quien ha creado sobre la misma un gravamen se encuentra vinculado por tal acto jurídico y debe respetarlo, máxime dada la accesoriedad de las servidumbres proclamada en el artículo 534 del Código Civil, por consiguiente aunque los titulares cambien, bien sea por sucesión universal como particular, esa mutación no afecta a la existencia del gravamen que permanece ligado a la finca a la que activa o pasivamente pertenece, o dicho en otras palabras la enajenación, gravamen o embargo de la finca dominante o sirviente no afecta a la pervivencia de la servidumbre. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 1932 proclamó que por ser las servidumbres inseparables del predio dominante, es pertinente afirmar que el adquirente de dicho predio adquirió también la servidumbre de paso que se había establecido en virtud de título.

Ahora bien, lo que tampoco ofrece duda es que de ninguna manera afecta al dueño del fundo presuntamente sirviente el hecho de que, en el título que invoque quien ejerce una acción confesoria de servidumbre o se oponga a la negatoria ejercitada, figure la existencia de una servidumbre de paso a su favor, si en la constitución del gravamen no ha intervenido el actual dueño del predio sirviente o uno de sus causahabientes en pretéritos momentos de la vida de la finca de que se trate.

A esta interpretación se refiere REBOLLEDO VARELA cuando señala que "la expresión de que la servidumbre de paso se constituye por *negocio jurídico bilateral* es, por otra parte, mucho más precisa en cuanto refleja de manera palmaria la necesidad del consentimiento del dueño del predio sirviente, sin que, por supuesto, sea suficiente el del dueño del predio dominante y, en este sentido, no hay que olvidar que, tal y como recoge la doctrina jurisprudencial, aun cuando la servidumbre aparezca recogida en el título de adquisición del predio dominante, ello no acredita nada respecto de su constitución si en su otorgamiento no ha intervenido el dueño del predio sirviente, por lo que el acceso inicial al Registro de la servidumbre en la inscripción del predio dominante como cualidad del mismo (art. 13 L. H.) no será posible sin aquel consentimiento, aunque venga recogida en el título"[7].

Y de igual forma se expresa la sentencia de 4 de julio de 2002 de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, que dispone:

> "Pues bien, en la tesitura expuesta, es al demandado al que le corresponde demostrar que cuenta con un título que le permite el paso sobre la finca del demandante, mas tal extremo no lo acredita a través de la presentación de sus propios títulos, ya que éstos no producen efecto alguno con respecto al actor. El título adquisitivo de la servidumbre ha de haberse pactado con el dueño actual o anterior del predio presuntamente sirviente, y es lo cierto que, al respecto, ninguna prueba se ha aportado. Es más propuesto como testigo el vendedor del demandado el Sr. Blanca G., requiriéndole contestara "ser cierto que los antiguos propietarios

[7] REBOLLEDO VARELA, A. L., "Comentarios a los artículos 24 y 25 de la Ley de Derecho civil de Galicia", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, Tomo XXXII, Vol. 1.º, pp. 257 y 258.

de la finca, hoy de D. Eduardo L. R., le han manifestado en repetidas ocasiones que existía, desde hacía muchos años, el derecho de servidumbre que usted utilizaba de acceso a su finca y que era por ese camino por donde usted tenía derecho a pasar" (f 111) contesta: "que no es cierto, que le decían que tenía que pasar por otro camino" (f 129), es más fue demandado de conciliación el 8 de noviembre de 1999 (f 105), requiriéndole a abstenerse a pasar por el camino de litis".

Ahora bien, la expresión normativa *"negocio jurídico bilateral, cualquiera que sea la forma en que aquél se expresase"* plantea el problema de la posibilidad de proceder a la constitución del derecho real a través de determinados actos jurídicos.

En efecto, es obvio, que la circunstancia de que el artículo 25 de la Ley de Derecho civil no aluda al testamento o a la donación no significa, como hemos visto, que no quepa la constitución de la servidumbre de paso a través de tales actos jurídicos, sin embargo suscita la interrogante de si dicha expresión normativa, y fundamentalmente la libertad de forma que proclama, puede aplicarse a la donación.

Ello es importante, dado que las servidumbres tienen la consideración jurídica de bienes inmuebles y como tales aparecen en la relación del artículo 334 del Código civil, concretamente en el numeral 10.º, por lo que su existencia exige la escritura pública (art. 633 Cc) como requisito *ad solemnitatem*, que tiene su origen en la conocida institución del Derecho romano de la "insinuatio", recogida en las Partidas con la entronización de la "carta", y, por consiguiente, como imprescindible condicionante de su validez (STS 31 de julio de 1999, Ar 6221, 3 de marzo de 1995, Ar 1775 entre otras muchas), cuya ausencia determina la nulidad radical y de pleno derecho de la donación (STS 9 de julio de 1984, Ar 3804, 24 de septiembre de 1991, Ar 6061; 31 de julio de 1999, Ar 6221; 24 de mayo de 2000, Ar 3993), careciendo, por consiguiente, de valor una donación de bienes inmuebles hecha por documento privado (STS 19 de junio de 1999, Ar 4613).

La jurisprudencia ha sido restrictiva en la admisibilidad de la constitución de la servidumbre por tal vía, llegando a proclamar que si no consta la onerosidad, hay que deducir que la causa del contrato responde a la mera liberalidad del dueño del predio sirviente, por lo que la exigencia de forma deviene imprescindible, y, en este sentido, la sentencia de 20 de octubre de 1993 (Ar 7750) ha proclamado que:

"Todo negocio jurídico ha de tener su causa en nuestro Derecho, sin que exista razón legal para hacer una distinción entre los productores de efectos obligacionales frente a los que los originan jurídico–reales, como la creación de una servidumbre. A ambos le es aplicable el art. 1274 del Código Civil, y no probado en el pleito que el favorecido con la servidumbre hubiese satisfecho ninguna contraprestación ni que el dueño autorizante hubiese remunerado algo al consentir el gravamen de su propiedad, el negocio fue a título de liberalidad, por lo que el acuerdo de voluntades tenía que haber constado en escritura pública, por aplicación del art. 633, que la exige como forma constitutiva [SS. 29–7–1989, 26–5–1992 (Ar 4382), y las que citan ambas]".

En igual sentido, la sentencia de 26 de mayo de 1992 (RJ 4382), indicó que:

"No constituye donación la mera declaración unilateral de voluntad acerca de bienes inmuebles que requiere escritura pública, siendo una excepción a la teoría general que

atribuye eficacia al consentimiento en cualquier forma expresado [SS. 9–7–1984, 15–10–1985 y 14–5–1987 (RJ 3442)], y en la misma línea está la S. 27–9–1989 (RJ 6384), al establecer que: «El principio espiritualista o de libertad de forma que, como regla general, inspira el sistema de la contratación civil (arts. 1255 y 1278 del Código Civil) tiene algunas excepciones, integradas por los llamados contratos solemnes, en los que la ley exige una forma determinada, no para su simple acreditamiento, sino para su existencia y perfección («ad solemnitatem», «ad substantiam», «ad constitucionem»). Una de las expresadas excepciones es, precisamente, la concerniente a la donación de inmuebles, como expresa y categóricamente proclama el art. 633 del Código», doctrina que es recogida en la de 24–9–1991 (RJ 6061)".

Pues bien, la mentada jurisprudencia nos conduce a la conclusión de que la mera autorización para la constitución de un gravamen, que existía en el caso de la sentencia de 20 de octubre de 1993, antes referenciada, no es bastante por sí sola, por lo que, si no ha mediado o no se puede demostrar la existencia de una contraprestación, se entiende que el negocio jurídico lo fue a título de mera liberalidad, y, por lo tanto, obligada la escritura pública para la válida constitución del gravamen, sin el cual el derecho real no nacería a la vida jurídica[8].

No obstante nuestra doctrina, con base en el artículo 25 de la Ley de Derecho civil de Galicia, excluye tal exigencia formal, y en definitiva entiende improcedente, en Derecho gallego, la doctrina sentada por la sentencia de 20 de octubre de 1993 (Ar 7750). En este sentido, de nuevo, REBOLLEDO VARELA señala que, existiendo el consentimiento del dueño del predio dominante y sirviente, la servidumbre quedará constituida cualquiera que sea la forma en que aquél se haya expresado, en atención al principio de libertad de forma, impidiendo el artículo 25 la aplicación de la doctrina contenida en la sentencia de 20 de octubre de 1993 (Ar 7750), que sostiene que la constitución de la servidumbre a título gratuito sin contraprestación exige escritura pública *ex* artículo 633[9].

Ahora bien, la propia utilización de la expresión negocio jurídico bilateral ha llevado a otros autores a descartar tal parecer. Así, por ejemplo, PIELTAIN ÁLVAREZ–FERNÁNDEZ proclama que: "Por último, aunque para el profesor REBOLLEDO VARELA la donación como modo adquisitivo de servidumbres estaría comprendido en el artículo 25 de la Ley de Derecho civil, impidiendo además el principio de libertad de forma que tal precepto consagra 'la aplicación de la doctrina contenida en la sentencia de 20 de octubre de 1993, al sostener que la constitución a

---

[8] ALBALADEJO, M., "Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1993", en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, enero/marzo de 1994, núm. 34, p. 97, comparte tal doctrina al señalar que "Aparte de que pueda resultar llamativo que hasta una servidumbre de acueducto en la que el agua pase por un pequeño tubo y la conducción sea cortísima, necesite de nada menos que escritura pública para constituirse, si es que se concede gratuitamente. Mas ello es consecuencia de donarse un derecho sobre un inmueble, por muy gravamen minúsculo que sea tan mínimo acueducto". La doctrina de dicha sentencia es igualmente considerada que goza de pleno fundamento puesto que las servidumbres son bienes inmuebles (art. 334.10 Cc) por DÍAZ FUENTES, A., *op. cit. supra*, p. 115.

[9] REBOLLEDO VARELA, A. L., *op. cit. supra*, p. 258, que cita a Moure Mariño, en cuanto la innecesariedad del título escrito, siendo suficiente el título material de constitución cuya existencia podrá acreditarse por cualquiera de medios admitido en Derecho.

título gratuito sin contraprestación exige escritura pública ex artículo 633 bajo sanción de nulidad de pleno derecho', a nuestro juicio, dicha tesis tiene un muy difícil apoyo ya que, por mucho que se quiera ampliar el concepto de negocio jurídico bilateral, la donación no podría integrarse en tal categoría jurídica, concluyendo que en Derecho gallego sigue siendo aplicable en primer grado el artículo 633"[10].

No obstante, hemos de tener en cuenta que es mayoritaria la tesis, tanto doctrinal como jurisprudencial, que considera la donación como un contrato[11], sirviendo a título de muestra la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 31 de julio de 1999 (Ar 6221), que indica que "el contrato de donación, aunque regulado en el Código Civil como un modo de adquirir la propiedad –art. 609– no cabe la menor duda que ha de tener la consideración y tratamiento de un contrato y, se expresa con unanimidad la doctrina moderna en la que predomina la concepción contractualista de la donación, que tiene su actual reflejo legislativo, en el actual Código Civil alemán"[12]; si bien sea que, por su propia esencia jurídica, pertenezca a la categoría de los contratos unilaterales, que sólo crean obligaciones a cargo de una de las partes, siendo el tipo más evidente de ellos, como escribe LACRUZ BERDEJO, la donación pura[13].

En efecto, ALBALADEJO clasifica los negocios jurídicos en unilaterales y bilaterales o plurilaterales, según que procedan de una sola parte –*ex uno latere*–, o de dos o más partes –*ex duobus vel pluribus lateribus*–, y pone como ejemplos de los primeros el apoderamiento (del poderdante), el testamento o su revocación (del testador), la aceptación o la repudiación de la herencia (del instituido heredero), mientras que proceden de varias partes, por ejemplo, todos los contratos (de los contratantes), el matrimonio (de los contrayentes), etc.[14], por lo que la donación entraría dentro de la calificación de negocio jurídico bilateral.

---

[10] PIELTAIN ÁLVAREZ–FERNÁNDEZ, D., "La adquisición por usucapión de la servidumbre de paso", en *Derechos civiles de España*, Vol. IV, de las que son directores Rodrigo Bercovitz y Julián Martínez Simancas, p. 1867.

[11] La consideración de la donación como contrato es proclamada por DE BUEN, ESPÍN, PÉREZ Y ALGUER, SÁNCHEZ ROMÁN, CLEMENTE DE DIEGO, VALVERDE, BORELL Y SOLER, MANRESA, SCÆVOLA, PUIG PEÑA, FUENMAYOR, LACRUZ, ALBALADEJO entre otros.

[12] Ver en el mismo sentido, entre otras muchas, las sentencias de 7 de diciembre de 1911, 12 de julio de 1941, 19 de enero de 1950, 16 de noviembre de 1956, 13 de mayo de 1963, 1 de diciembre de 1966, 7 de julio de 1978, 22 de junio de 1982, 26 de septiembre de 1986, 19 de noviembre de 1987, 23 de septiembre de 1989, 19 de diciembre de 1990, 27 de febrero, 22 de marzo y 7 de mayo de 1993.

[13] LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, Vol. I (1994), p. 509, que señala al respecto: que esta distinción se refleja en el artículo 1274 del Código Civil, que opone los contratos donde es causa para cada parte contratante la prestación de la otra, a aquellos en que la prestación de (1) tiene por causa la exclusiva liberalidad del bienhechor. Contratos, pues los primeros, donde se cambia prestación por prestación, y cada una se justifica por la otra, que le sirve de causa; frente a contratos en que una parte da (en propiedad, o en solo uso) una cosa (o servicio) a cambio de nada, por mera liberalidad (donación, como dato, mandato gratuito): una prestación sin correspectiva. Es la presencia o ausencia de contraprestación la nota que distingue unos contratos de otros y no la mera existencia de obligaciones a cargo de solo una o bien de ambas partes.

[14] ALBALADEJO, M., *Derecho Civil*, Tomo I, Vol. II (1975), p. 151.

En este sentido, se expresan con claridad DÍEZ–PICAZO y GULLÓN, cuando definen al contrato como negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral cuyo efecto consiste en constituir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial, y añaden que el contrato es siempre un negocio jurídico bilateral o plurilateral, atendiendo al número de partes que en él intervienen. Ahora bien, otra cosa es que los contratos sean bilaterales o sinalagmáticos cuando crean obligaciones recíprocas, o unilaterales cuando crean obligaciones a cargo de una de las partes exclusivamente[15].

De igual forma se expresa PUIG BRUTAU, que señala, al tratar de la clasificación de los contratos, que éstos en cuanto suponen la formación voluntaria de un vínculo jurídico entre dos o más partes, son siempre actos bilaterales, pero al hablarse de la división en unilaterales y bilaterales se hace referencia al contenido de los contratos, y se distingue según que uno de los contratantes quede solamente como deudor y el otro como acreedor, o que estas cualidades concurran en ambos contratantes[16].

Por último, LACRUZ BERDEJO advierte que no se confunda, en todo caso, el negocio bilateral con el contrato bilateral. El contrato es siempre negocio bilateral, porque exige al menos dos partes, pero el contrato puede ser, a su vez, bilateral o unilateral, según que genere obligaciones correlativas a cargo de ambas partes (compraventa) o cree obligaciones sólo a cargo de una de las partes (el tipo más evidente es la donación pura)[17].

Por consiguiente, concluimos que no cabe identificar negocio jurídico con contrato, ni negocio unilateral con contrato unilateral. El contrato es siempre un negocio jurídico bilateral, si bien dentro de aquéllos la donación entraría, en su forma pura, dentro de la categoría de los contratos unilaterales. La disposición que encierra toda donación se hace a favor de otra persona (donatario) exigiéndose la aceptación de ésta, pues a nadie se le puede exigir que reciba un beneficio en contra de su voluntad, máxime cuando tratándose de una servidumbre se somete además a un concreto régimen jurídico.

Por todo lo expuesto la crítica que hacía PIELTAIN ÁLVAREZ–FERNÁNDEZ no puede ser aceptada en cuanto excluía la donación de la categoría de los negocios jurídicos bilaterales, y por lo tanto no se puede descartar, dada la dicción del artículo 25 de la Ley de Derecho civil de Galicia, que se dé por constituido un gravamen por acuerdo de voluntades entre las partes, aunque no conste la contraprestación del titular del predio dominante, habida cuenta que una presunción de gratuidad no excluiría la adquisición de tal derecho real, dada la libertad de forma del negocio jurídico bilateral que proclama dicho precepto de la Ley gallega. En cualquier caso, el Tribunal Superior de Justicia tendrá, sin duda, ocasión de manifestarse al respecto, ponderando exigencias de seguridad jurídica, unidas a las características de nuestra sociedad rural tan poco proclive a la documentación y en atención a la interpretación

---

[15] DÍEZ–PICAZO, L. y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, (2002), pp. 29 y 34.

[16] PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. I, 3.ª edición (1988), p. 400.

[17] LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho Civil. Parte General*, Vol. III, (1990), p. 256.

que debe darse a la expresión normativa *"negocio jurídico bilateral cualquiera que sea su forma"*.

Por otro lado, no cabría tampoco aplicar la doctrina de la precitada sentencia del Tribunal Supremo en los casos en los que no constara acreditada la liberalidad, y en este sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, sección 1.ª, de 13 de junio de 2001 (AC 2001), desestima el motivo de nulidad de la servidumbre postulada por el recurrente, por considerar que había existido onerosidad en la relación jurídica que excluía el carácter gratuito del acto constitutivo:

> "La petición de nulidad se basa en la consideración de que las servidumbres discutidas se constituyeron por mera liberalidad del actor, sin contraprestación del titular del predio dominante, mediante el mecanismo de la donación y, en consecuencia, el título constitutivo es nulo de pleno derecho por no reunir el requisito de forma exigido para la donación de cosa inmueble en el art. 633 CC.
>
> La argumentación no se comparte. El documento cuestionado no contiene un mero acto de constitución de servidumbre, su razón de ser y causa es el cese en la situación de indivisión de la finca adquirida por los contratantes el mismo día, y dividida en dos partes de idéntica superficie, si bien al ser contigua a camino público la adjudicada al ahora accionante y quedar enclavada la correspondiente al señor S., se acordó en contraprestación del mayor valor de la primera, el establecimiento de las servidumbres de conducción de aguas y paso. Ello impide la calificación como donación defendida por el apelante, pues, como certeramente razona el órgano «a quo», «no es admisible la segregación de una estipulación de la significación unitaria del acto de disolución de la comunidad, ya que lo establecido en el documento ha de interpretarse como resultado del mecanismo compensatorio en la adjudicación de la parcela interior». Parece claro que con el término «compensatorio» está aludiendo el Juzgador de instancia a la reciprocidad de contraprestaciones y no al instituto de la compensación como modo de extinción de las obligaciones, por lo que no es admisible la argumentación al respecto esgrimida en el acto de la vista".

Por último, indicar que el artículo 87 del borrador para la reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia parece que sigue manteniendo el criterio de la libertad de forma, y ahora incluso con supresión de la expresión negocio jurídico bilateral, normando que "Todo propietario dun predio pode establecer sobre el, por actos *inter vivos* ou *mortis causa*, as servidumes de paso que considere convenientes, sempre que non contraveña as leis e a orde pública", señalando a continuación que "A constitución *inter vivos* da servidume de paso por negocio xurídico sera válida calquera que sexa a forma na que se realice, sempre que o propietario do predio servente prestase o seu consentimento expresa ou tácitamente, sempre que a súa existencia se poda apreciar derivada de actos ou feitos concluíntes".

IV. Problemática del acreditamiento del negocio jurídico constitutivo: los actos concluyentes:

Ahora bien, fuera de la problemática expuesta, no ofrece duda que el negocio jurídico bilateral, puede ser tanto escrito como verbal, y en este caso es susceptible de acreditarse a través de los distintos medios de prueba que ofrece nuestro ordenamiento jurídico, y entre ellos a través de actos concluyentes demostrativos de la existencia del pacto generador del gravamen entre los titulares de los predios

dominante y sirviente.

Como señala DÍAZ FUENTES, "nunha sociedade como a galega, que no pasado usou pouco de instrumentos escritos e que, en cambio, os costumes teñen gran aceptación social, un réxime xurídico que esixe título documentado para recoñece–la existencia de servidume de paso, é unha implatación malévola, perturbadora".

En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de junio de 2001 (Ar 6545) señala que:

> "Como acertadamente dice el recurrente la prueba de la constitución de las servidumbres discontinuas puede realizarse por cualquiera de los medios admitidos en derecho, incluso a través de la prueba de presunciones establecida en el art. 1253 del Código Civil, pero no es menos cierto que dicha apreciación, como cuestión fáctica, corresponde al tribunal de instancia y a su apreciación hay que atenerse".

En cuanto a la expresión del consentimiento contractual, la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 28 de septiembre de 1995, sostiene que:

> "Es claro, como afirma la jurisprudencia, que en la reglamentación negocial, el consentimiento puede manifestarse a través del comportamiento, por lo que existirá voluntad tácita, cuando el sujeto, aún sin exteriorizar de modo directo su querer mediante la palabra escrita u oral, adopta una determinada conducta que presupone el consentimiento por una deducción razonable según usos sociales y del tráfico, es decir son los denominados hechos concluyentes (*facta concludentia*), que permiten exteriorizar la voluntad interna del sujeto, en cuanto implica la aquiescencia a una determinada situación (STS 14–6–1963, Ar 3057; 24–5–1975, Ar 2621; 26–5–1986, Ar 2822, etc.). El consentimiento tácito puede pues deducirse de un comportamiento personal que implícitamente lo ponga de manifiesto (STS 24–5–1975, Ar 2621), por ejemplo a través del positivo respeto al estado de hecho resultante del evento que debía consentir".

En un caso similar, la sentencia de la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 16 de mayo de 2000 señaló:

> "La cuestión para los demandados es la de justificar la existencia de título constitutivo de servidumbre. Ha recurrido a la invocación de la inmemorialidad, dada la antigüedad del inmueble y de los huecos abiertos en la pared, cuyo conocimiento deriva de los testimonios antes comentados que desde siempre, y desde sus antecesores han conocido la existencia de la casa con las ventanas a que la litis se refiere. Hoy la inmemorialidad es siempre difícil de acreditar, por las limitaciones temporales de los testigos. Pero en relación al caso presente son de tener en cuenta otras consideraciones.
>
> Cuando la Ley habla de título de adquisición de servidumbre (arts. 537 y 539 del CC) no se está refiriendo sólo a título documentado, sino al negocio jurídico en cuya virtud aquélla se ha constituido, es decir al pacto o convenio que dio nacimiento a la servidumbre. En palabras de la STS de 21–12–1990, a efectos de la adquisición de la servidumbre por virtud de título, ha de entenderse por éste todo acto jurídico, bien sea oneroso o gratuito, *inter vivos* o de última voluntad; negocio jurídico que da nacimiento a la servidumbre, no al documento en que este acto se hace constar.
>
> ***El hecho de que tal pacto o acuerdo no haya quedado documentado no debe, en modo***

alguno, conducir a la tesis de su inexistencia si hay otros elementos de juicio que llevan al entendimiento de que el estado de cosas existente permite, o bien presumir que hubo título originado en un negocio jurídico preexistente, o que se ha producido un consentimiento tácito; dicho de otro modo, y desde otra perspectiva, que aquel estado de cosas no se explica sino en virtud de la preexistencia, en algún momento, de un pacto o convenio habilitante, basado en una voluntad efectiva, real de dar vida a la servidumbre.

En efecto, no es concebible que la continuidad durante tan prolongado período de tiempo –hablamos de cien años, un siglo, desde una perspectiva biográfica comporta el paso de varias generaciones– de una situación de hecho caracterizada por tan evidentes y rotundos signos como la existencia de unas ventanas construidas con el propio inmueble en pared tan inmediata al fundo colindante, solo separada por el mínimo hiato de un cauce, no obedeciese a algo más que una mera tolerancia. Cuando el titular (o sucesivos titulares) del predio afectado resisten tan rotundo estado de cosas, tan evidentes y visibles signos, de modo impertérrito y continuado durante prácticamente un siglo –y probablemente más– tan dilatada realidad histórica no puede explicarse, no se sostiene con la explicación de actitud tan frágil como es la mera tolerancia. Emerge, entonces, como fundamento o razón, la idea de la preexistencia de un título constitutivo esto es de un acto de voluntad constituyente, suficientemente consolidado como para haber servido de apoyo de una situación de permanencia y visibilidad no concebible fuera o al margen de un sustento negocial con vocación constituyente. Y si se entendiera que la materia de servidumbres se resiste a admitir la idea del consentimiento presunto –pese a tan vehementes presunciones–, el título podría descansar igualmente, dadas las circunstancias, en un consentimiento tácito, puesto de manifiesto en el hecho de que el titular del predio vecino haya mantenido durante prácticamente un siglo la situación enjuiciada, de características tan significativas que solo una decidido consentimiento puede justificar la persistente y pacífica continuidad.

El criterio sostenido, sobre no ser ajeno al ya sustentado en otras resoluciones de Audiencias Provinciales (A Coruña –Secc. 1.ª– de 28–9–1995), ha sido también utilizado por el propio TS en sentencia de 24–3–1994[18] que valora el respeto a una situación de hecho consistente en la preexistencia de unos huecos como «demostrativo de la existencia de un negocio capaz de originar la adquisición de dicha servidumbre por título; tan es así, que, al contestar la reconvención se trae a colación un plano... que demuestra una realidad inamovible en el año 1974..., es decir, después de casi un siglo se mantiene una situación producto de una paz negociada en su inicio por los interesados»; esta argumentación de la sentencia –que es acertada– no se ha visto convincentemente rebatida por los recurrentes, que más bien desvían la cuestión a la no prescripción adquisitiva pero ignoran la existencia del calificado en la sentencia como «negocio capaz de originar la adquisición de dicha servidumbre por título»".

En otro caso, referido ya a la servidumbre de paso, la sentencia de la misma sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 8 de marzo de 2001, considera constituida la servidumbre de paso, por mor del juego de las pruebas practicadas en la instancia, como manifestación de la existencia de un negocio jurídico constitutivo del gravamen derivado de actos concluyentes, pero analicemos, por su trascendencia, la fundamentación de dicha resolución.

---

[18] Debe decir 24 de marzo de 1993 (Ar 2229).

La mentada sentencia comienza por proclamar, como no puede ser de otra forma, la innecesariedad de que el negocio jurídico constitutivo de la servidumbre deba ser documentado:

> "El hecho de que tal pacto o acuerdo no haya quedado documentado no debe, en modo alguno, conducir a la tesis de su inexistencia si hay otros elementos de juicio que llevan al entendimiento de que el estado de cosas existente permite presumir que hubo título originado en un negocio jurídico preexistente, o que se ha producido un consentimiento tácito; dicho de otro modo, y desde otra perspectiva, que aquel estado de cosas no se explica sino en virtud de la preexistencia, en algún momento, de un pacto o convenio habilitante, basado en una voluntad efectiva y real de dar vida a la servidumbre".

Se indica, a continuación, que la descrita es la situación que se produce en el supuesto del que conocía el Tribunal en vía de apelación, razonando que:

> "Tal es lo que en el caso enjuiciado acontece, según de modo terminante y palmario la prueba pone de manifiesto. Toda la actividad probatoria desarrollada durante el proceso no hace sino revelar una realidad incontestable: que había un servicio de paso establecido en el trayecto que en el plano aportado con la demanda se corresponde con la línea que discurre por los puntos A–B–C–D. Digamos, primero, que ***es una configuración topográfica cierta, preexistente y antigua, cuya existencia no se agota en una mera realidad o particularidad física, sino que es la material plasmación de un querer con trascendencia jurídica, esto es, que es un trayecto de servicio de fincas que obedece a una voluntad constitutiva de quienes tenían oportunidad y facultad para hacer nacer y mantener tal disposición topográfica del paso.*** Las manifestaciones que en el proceso se han vertido, sumadas a la incontestable proyección temporal de aquella realidad física establecida y luego mantenida entre los predios, no hace sino emerger tras aquella realidad la certeza sobre la producción de un acto jurídico que le sirvió de justificación. Dicho de otro modo: aquella realidad no se entiende –a la vista de la prueba hoy practicada– sino en virtud de la efectiva existencia de un negocio jurídico constitutivo que no por no documentado deja de ser cierto y tener fuerza constitutiva".

Acto seguido la sentencia procede al análisis de la actividad probatoria y de los actos concluyentes de los que deduce la existencia necesaria del negocio constitutivo, proclamando que:

> "... En definitiva, la prueba de testigos nos permite asentar como elementos de hecho ciertos, los siguientes: siempre ha existido un paso, en el sentido y trayecto que se dice en la demanda; tal servicio era el único existente; esta realidad data de hace unos treinta años; en el trayecto que discurría por la finca del Sr. Quiñones lo hacía por lo que en el plano se señala como tramo A–B, y no por el I–J; este segundo es consecuencia de la modificación introducida por el citado codemandado. El servicio era de vehículos agrícolas; la propietaria anterior del fundo del Sr. Quiñones mantenía una zona sin cultivar para el paso".

La sentencia aborda igualmente si el hecho indiscutible del paso se puede reputar como un acto meramente tolerado o como expresión de una voluntad constitutiva de la servidumbre, inclinándose por esta segunda posibilidad jurídica, lo que fundamenta en la constancia de una situación fáctica consolidada con una extensión temporal de treinta años, en el hecho de que los demandados no eran los

únicos afectados por el paso sino que éste comprendía otra serie de fincas que se daban acceso entre sí, en la propia conducta de los demandados que, al realizar la modificación en su finca, se cuidan de respetar y mantener un paso a favor de los actores, por el conocimiento que los compradores tenían de la necesidad de acceso al agro sobre la propiedad que compraban, y, por último, en virtud del testimonio de la anterior propietaria de la finca de los precitados demandados que, en su declaración, no habla de una situación de tolerancia, sino de "servicio"; pero dejemos que la propia sentencia se justifique:

> "Definido de forma indubitada el hecho cierto del paso que para servicio de las fincas se ha venido realizando desde hace treinta años, para unas fincas enclavadas, falta por determinar si tal hecho es producto de una mera tolerancia o, por el contrario, de una voluntad en su momento constitutiva de una servidumbre. Entendemos que el estado de cosas mantenido hasta ahora no puede sino ser la material plasmación de una voluntad constituyente de un derecho de servidumbre a favor de quienes habían de acceder al agro en el que se enmarca las fincas de los ahora demandantes.
>
> Partimos, en primer lugar, de una situación de hecho consolidada, que ha venido manteniéndose durante unos treinta años. Tan dilatada expresión temporal mal se aviene, en principio, con la idea de una mera tolerancia o permisividad. Lo razonable es pensar, al menos como punto de partida indiciario, que tan visible consolidación temporal es producto del reconocimiento, que no de la permisividad.
>
> Pero es que, a lo dicho, han de sumarse otros datos muy significativos. Uno primero, estamos ante una situación en la que los demandados no son los únicos implicados, sino que, en definitiva, se trata de una situación que comporta una sucesión encadenada de predios en la que cada uno es, a la vez, dominante y sirviente en el paso que sirve continuadamente a varios predios, encadenamiento que no puede sino concebirse vinculado al predio primero de los demandados Srs. Quiñones y Medrano.
>
> Otro dato más lo constituye la propia conducta del Sr. Quiñones y su esposa, pues al realizar la modificación en su finca, se cuidan de respetar y mantener un paso, lo que se entiende desde la preexistencia de un estado anterior de acceso a los predios dominantes por la citada finca, situación que, sin duda, les era conocida por su materialidad. Tal modificación, por otro lado, instaura un servicio que se topa con una parte de la finca del Sr. Nacemento que ya había cerrado años antes, por lo que es evidente que el servicio no se prestaba por tal lugar, puesto que hubiera sido impracticable.
>
> De otro lado, y en relación con los mismos demandados, algunas de las repreguntas que dirigen a los testigos de la actora (las que se hacen a la quinta pregunta), implícitamente están reconociendo que había un paso que se venía ejerciendo. Además, el tenor de la absolución de las posiciones que les son formuladas pone de manifiesto el conocimiento que los compradores tenían de la necesidad de acceso al agro por sobre la propiedad que compraban.
>
> Y, por fin, el testimonio de la anterior propietaria de la finca de los precitados demandados. En su declaración da por hecho la existencia de servidumbre. En efecto, no habla de una situación de tolerancia, sino del «servicio», lo que claramente implica el concepto de servidumbre (servicio que remonta a la época de su madre, en la que ya se pasaba con carro). Por consiguiente, la anterior propietaria del predio de los demandados, reconoce que efectivamente, hay servidumbre".

Pues bien, la mentada sentencia fue recurrida en casación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, que dicta sentencia de 26 de enero

de 2002, que desestima el mismo, citando expresamente la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1985 y 24 de febrero de 1997, en cuanto proclaman que la constitución voluntaria de servidumbre por negocio jurídico o título (art. 537 en relación con el 594) requiere, cuando se trata de la creación *inter vivos* del derecho real, del indispensable concierto de voluntades dirigido a ese fin, por más que no sea necesaria la escritura pública como elemento *ad solemnitatem* que afecte a la eficacia obligatoria y validez de lo pactado, señalando, nuestro más Alto Tribunal gallego que el artículo 25 de la Ley de Derecho civil de Galicia "es todavía más explícito que el Código Civil con esa anterior doctrina, pues ya indica entre los modos adquisitivos de la servidumbre de paso el negocio jurídico bilateral, cualquiera que sea la forma en que aquél se expresase".

Cuestión distinta, sigue indicando tal sentencia, y por ahí parece enfocarse este motivo casacional, es si verdaderamente consta acreditada la existencia de ese negocio jurídico que no figura en documento alguno, "pero lo cierto es que esa pretensión del motivo sería inadmisible, pues declarada probada la existencia de un negocio jurídico constitutivo del gravamen por la sentencia recurrida, ello sería una cuestión de hecho que no puede ser revisada en casación por este cauce de infracción de ley, donde los hechos declarados probados de instancia resultan incólumes", salvo que la valoración probatoria, sigue indicando dicha resolución, "resulte ilógica, opuesta a las máximas de experiencia o a las reglas de sana crítica", y lejos de eso la sentencia concluye:

> "En definitiva, la sentencia recurrida realiza una correcta y racional valoración de las pruebas practicadas de las que bien se puede deducir que el paso cuestionado se realizaba no por actos meramente tolerados o consentidos, sino en virtud de un negocio jurídico subyacente apto para constituir el derecho de servidumbre. Título que encontraría su razón de ser en la situación de enclavamiento de las fincas a cuyo favor se acciona, integrante de un agro explotado en esa forma durante el largo periodo de tiempo de treinta años".

Es interesante subrayar de esta sentencia sendos aspectos, el primero que proclama, como no podía ser de otra manera, el principio de libertad de forma del negocio jurídico constitutivo de la servidumbre, y el segundo que la valoración probatoria efectuada por el Tribunal Provincial es "correcta y racional". No ofrece, pues, duda que los actos concluyentes son elementos a través de los cuales cabe probar la existencia del negocio jurídico subyacente que da origen al derecho real.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha desarrollado la doctrina de los actos propios, definidos, por ejemplo en la reciente sentencia de 14 de febrero de 2002 (Ar 1445) como: "aquellos que como expresión del consentimiento, obedecen al designio de crear, modificar o extinguir algún derecho, causando estado y definiendo de un modo inalterable la situación jurídica del autor".

Por su parte, la sentencia de 25 de enero de 2002 proclama que:

> "La sentencia de 21 de mayo de 2001 (Ar 3870) hace una exposición detallada de la jurisprudencia recaída en torno a la doctrina de la vinculación por los actos propios señalando que «esta Sala tiene declarado para la aplicación de la doctrina de los actos propios es preciso que los hechos tengan una significación y eficacia jurídica contraria a la acción ejercitada

(sentencias del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2001 [Ar 3870] y 4 de julio de 1962 [Ar 5188]); y como ha señalado la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2000 (Ar 455) el principio general de derecho que veda ir contra los propios actos ("nemo potest" contra "proprium actum venire"), como límite al ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, cuyo apoyo legal se encuentra en el art. 7.1 del Código Civil que acoge la exigencia de la buena fe en el comportamiento jurídico, y con base en el que se impone un deber de coherencia en el tráfico sin que sea dable defraudar la confianza que se cree en los demás, precisa para su aplicación ***la observancia de un comportamiento (hechos, actos) con conciencia de crear, definir, modificar, extinguir o esclarecer una determinada situación jurídica, para lo cual es insoslayable el carácter concluyente e indubitado, con plena significación inequívoca del mismo, de tal modo que entre la conducta anterior y la pretensión actual exista una incompatibilidad o contradicción en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior,*** y esta doctrina (recogida en numerosas sentencias del Tribunal Supremo, como las de 27 de enero y 24 de junio de 1996 (Ar 732 y 4846), 19 mayo y 23 de julio de 1998 (Ar 4035 y 6392), 30 de enero, 3 de febrero, 30 de marzo y 9 de julio de 1999 (Ar 10, 747, 2420, 5967) no es de aplicación cuando la significación de los precedentes fácticos que se invocan tienen carácter ambiguo e inconcreto (sentencias de 23 de julio de 1997, Ar 5808 y 9 de julio de 1999, Ar 5967) o carecen de la transcendencia que se pretende para producir el cambio jurídico»".

En definitiva, no cabe considerar que toda situación fáctica de paso por una finca vecina, prolongada en el tiempo, consista siempre en un inocuo acto meramente tolerado, carente como tal de significación jurídica, en cuanto manifestación de una vinculante declaración de voluntad, necesaria para la legítima constitución del gravamen, sino que debe analizarse, cuidadosamente, en conjunción con los otros elementos de juicio obrantes en las actuaciones, por si puede conformar la expresión externa de un título constitutivo que haya dado origen a una pretérita constitución del gravamen merecedora como tal de respeto jurídico. Es cierto también que aquellos actos son manifestación corriente de relaciones de buena vecindad, máxime si son aislados y causan escasas molestias; ahora bien, como con acierto escribe DÍAZ FUENTES, trasladar la presunción de tolerancia a la categoría de "iuris et de iure" es una auténtica aberración jurídica[19].

Por lo tanto, lo que procede es analizar las circunstancias concurrentes en cada caso sometido a nuestra consideración, que pueden alertarnos sobre la existencia de título constitutivo, pues que duda cabe que colisionan con la doctrina del acto meramente tolerado, situaciones en las cuales entre las partes existe una manifiesta y patente enemistad, cuando el ejercicio del paso produce evidentes perjuicios al dueño del predio sirviente, pese a lo cual lo respeta, cuando realiza actos inequívocos de reconocimiento del gravamen como cerrar la finca dejando el paso fuera de la misma o de manera tal que el dueño del otro fundo pueda seguir ejercitándolo como lo venía haciendo desde siempre, cuando permite a su vista, ciencia y paciencia realizar al dueño del predio dominante obras en su finca para el uso y conservación del gravamen, cuando recoge o refleja en la documentación de su finca la existencia del servicio entre otras situaciones posibles.

---

[19] DÍAZ FUENTES, A., *op. cit. supra*, p. 114.

En este sentido, LUNA SERRANO señala que puede tenerse en cuenta que los actos tolerados suelen obedecer a relaciones de buena vecindad, de amistad o de parentela y que, incluso, pueden derivar de la usual benevolencia de una persona en sus relaciones sociales, que normalmente, aunque una actitud de condescendencia puede durar sin límites temporales, la tolerancia suele contraerse a situaciones saltuarias o transitorias (y así no habrá probablemente de considerarse como de mera tolerancia el frecuente paso por la finca propia durante un tiempo muy largo)[20].

Es cierto que la jurisprudencia es restrictiva con respecto a las situaciones fácticas. Así por ejemplo la sentencia de 30 de abril de 1993 (Ar 2958) señala que en las servidumbres discontinuas, "que sólo se usan a intervalos más o menos largos y dependientes de actos del hombre, puede el propietario del predio sirviente haber permitido equívocamente actos de simple dejación o complacencia, pero sin que exista el necesario ánimo constitutivo", o por ejemplo la sentencia de 25 de septiembre de 1992 (Ar 7022) ha proclamado, en el caso de una servidumbre de vistas, que "la simple apariencia física no es dato o factor abonable jurídicamente si no se respalda con título o por medio de prescripción (art. 537 del Código Civil)".

Ahora bien, ello no quiere decir, a partir de tales datos y en conjunción con otros elementos de juicio, admitida jurisprudencialmente la validez del pacto verbal de constitución del gravamen (STS de 11 de mayo de 1962, Ar 2313, 9 de marzo de 1979, Ar 856, 24 de febrero de 1997, Ar 1193 entre otras)[21], que no pueda darse por justificada la existencia de un negocio jurídico constitutivo de dicho derecho real, como lo hacen las sentencias antes indicadas. Incluso, tratándose de una servidumbre de vistas, la apertura de los huecos durante casi un siglo fue considerada como manifestación de la existencia de un negocio jurídico constitutivo, así por ejemplo en sentencia de la Sala Primera de 24 de marzo de 1993 (Ar 2229)[22]. O la precitada sentencia de 24 de febrero de 1997 (Ar 1193) consideró acreditado el gravamen por la contribución del propietario del predio dominante a los gastos proporcionales del

---

[20] LUNA SERRANO, A., "Artículo 1.942", en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, (1991) p. 2102.

[21] Esta sentencia de 24 de febrero de 1993, señala: "al considerarse por título constitutivo cualquier negocio o acto jurídico creador de la misma, oneroso o gratuito, «inter vivos» o «mortis causa», a virtud del cual se establezca la limitación del derecho de propiedad, sin necesidad de que aquel negocio o acto quede plasmado documentariamente, como así se desprende de las Sentencias de 20 octubre 1993 (Ar 7750), en sintonía con la de 26 junio 1981 (Ar 2614) y 1 marzo 1994 (Ar 1633)".

[22] Esta sentencia señala: "pero la razón en que se funda la existencia de la servidumbre es que «en el presente caso, desde el momento en que se contempla la escritura de 26–1–1884 y se observa que en la edificación ejecutada previamente al otorgamiento del documento público, tanto el vendedor señor B. como el Ayuntamiento de Baza, adquirente del matadero, no sólo respetaron los huecos existentes en el Convento de Sto. Domingo, sino que mantuvieron un patio de luces, este hecho es demostrativo de la existencia de un negocio capaz de originar la adquisición de dicha servidumbre por título; tan es así, que, al contestar la reconvención se trae a colación un plano... que demuestra una realidad inamovible en el año 1974..., es decir, después de casi un siglo se mantiene una situación producto de una paz negociada en su inicio por los interesados»; esta argumentación de la sentencia –que es acertada– no se ha visto convincentemente rebatida por los recurrentes, que más bien desvían la cuestión a la no prescripción adquisitiva pero ignoran la existencia del calificado en la sentencia como «negocio capaz de originar la adquisición de dicha servidumbre por título».

acceso a través del predio gravado. La sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 3 de mayo de 1995, en el caso de que el camino discutido era la única entrada posible, que se venía disfrutando desde hacía años, unido a que el servicio constaba en los documentos de compra de los demandados[23].

Por su parte, la profesora DÍAZ MARTÍNEZ señala que en todo caso pese a que la realización de actos posesorios por parte del dueño de la finca vecina que accede a ella a través de la colindante pueda ser calificada, por lo general, de mera tolerancia, no puede tampoco descartarse que ese paso haya sido acordado por los propietarios de los dos fundos por vía negocial, normalmente de forma verbal, por lo que la servidumbre que no podía ser adquirida por usucapión sí pudo haber quedado constituida en virtud del título a que se refieren los artículos 539 del Código civil y 25 de la Ley de Derecho civil de Galicia[24].

¿Cómo valorar, por ejemplo, jurídicamente la situación de una finca enclavada cuya única salida posible lo es a través de la finca vecina, disfrutando el dueño de aquélla de dicho acceso durante muchos años, por el lugar que menos daño causa al dueño de la finca dominante, sino como manifestación de un negocio jurídico previo de constitución del paso y no como un acto meramente tolerado? ¿Es que frente a una presunta acción negatoria no podría invocarse la existencia de un acuerdo de voluntades previo a la constitución judicial forzosa de la servidumbre de paso, que dejara a tal acción sin contenido?; ¿qué acto meramente tolerado existe, si en realidad ante lo que nos hallamos es ante un reconocimiento extrajudicial de un indiscutible derecho que proviene de la propia situación del enclavamiento y de la legalidad vigente?; ¿cómo va a existir en este caso *animus donandi*, o acto tolerado, cuando se ostenta un derecho subjetivo a la constitución del acceso?

No entendemos, por lo tanto, que, en este concreto caso, la defensa del demandado requiriese necesariamente ejercitar por vía reconvencional una acción de constitución forzosa de servidumbre que, incluso, exigiría, en no pocas ocasiones, el llamamiento al proceso de otros litisconsortes del actor ajenos a la contienda judicializada por la vía del artículo 407.1 de la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil (por ejemplo los cotitulares del predio sirviente) y que implicaría además admitir la inexistencia de título, cuando realmente se ostenta, pues existe vehemente convicción de que los titulares de las fincas sirviente y dominante voluntariamente lo constituyeron antes de la formalización de la litis, pues las concretas circunstancias del caso difícilmente admiten otra conclusión. Otra cosa distinta es que se reclame el precio del camino, mediante el ejercicio de una acción judicial, ante lo cual incluso se podría alegar la prescripción de tal pretensión pecuniaria.

Pues bien, sensible a las situaciones expuestas, y con base en la existencia de precedentes jurisprudenciales de los tribunales gallegos, en el borrador de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia se señala en el artículo 87 que: "A constitución *inter vivos* da servidume de paso por negocio xurídico será válida calquera que sexa

---

[23] En *Revista Xurídica Galega*, núm. 10, p. 53, tratándose de una serventía.

[24] DÍAZ MARTÍNEZ, A., "Comentario a la sentencia de 19 de marzo de 1996 de la Audiencia Provincial de Ourense", en *Revista Xurídica Galega*, núm. 12, p. 347.

a forma na que se realice, sempre que o propietario do predio servente prestase o seu consentimento expresa ou tácitamente, sempre que a súa existencia se poda apreciar derivada de actos ou feitos concluíntes". Con lo que se está dando relevancia legal a la constitución de la servidumbre ya no sólo a través de un consentimiento expreso, sino incluso exteriorizado de forma tácita, si bien en este último caso, se puede poner en evidencia a través de actos o hechos concluyentes, remitiéndonos a la doctrina jurisprudencial antes expuesta[25].

E incluso se establece una presunción "iuris tantum", de título, al normar que: "Salvo proba en contrario, presúmese a existencia de título se o propietario dun terreo procede ó peche desta respectando o camiño e o tránsito que por el se veña realizando e deixando o paso na súa parte posterior".

Por último, indicar que no cabe confundir las presunciones con los actos concluyentes, y, en este sentido, es significativa como expresión de tal doctrina la sentencia de Sala Primera de 14 de julio de 2000 (RJ 2000, 6884), que pronunciándose de la misma forma que la de 10 de febrero de 2000 (RJ 2000, 818), indica que:

> "Entrando en el examen del motivo primero, la sentencia de 4 de julio de 1996 (RJ 1996, 5559) afirma, en cuanto a la infracción del art. 1253 del Código Civil, que «ya la sentencia de 23 de febrero de 1987 (RJ 1987, 729), haciendo alusión a la de 11 de junio de 1984 (RJ 1984, 3230), ambas citadas en otras muchas posteriores, señalaba que si bien se encuentra en la esencia de la presunción que el enlace preciso y directo que religa el hecho–base con el hecho–consecuencia se ajuste a las reglas del criterio humano, no se exige que la deducción sea unívoca, pues de serlo no nos encontramos ante verdadera presunción, sino ante los 'facta concludentia' antes aludidos, que efectivamente han de ser concluyentes e inequívocos, pudiendo en las presunciones seguirse del hecho base diversos hechos consecuencia, y lo que se ofrece al control de la casación a través del art. 1253 del Código Civil es la sumisión a la lógica de la operación deductiva, existiendo multitud de sentencias en que se reserva para la instancia la opción discrecional entre las diversas deducciones posibles, pero si la deducción es razonable no cabe impugnarla, así como si los hechos base están demostrados (sentencia de 24 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 6499)»".

En definitiva, la expresión "negocio jurídico bilateral cualquiera que sea su forma" está llamando la atención a los operadores jurídicos, frente a la inercia de una jurisprudencia muy restrictiva, de no circunscribir el acreditamiento del negocio jurídico constitutivo del gravamen a la existencia de título documental, lo que exige un esfuerzo de recopilación y análisis de las circunstancias de cada litigio, entre las que alcanzan especial relevancia los actos concluyentes a los efectos de considerar o no constituido el derecho real frente a la acción negatoria ejercitada, máxime dada la ausencia de una tradición documental en nuestra sociedad rural, cuya estructura minifundista exige además numerosas relaciones entre fundos para posibilitar los accesos necesarios a las distintas fincas.

---

[25] Pues como dice REBOLLEDO VARELA, A. L., *Los derecho reales en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia*, p. 223: "En el consentimiento tácito, los hechos concluyentes muestran directamente su existencia sin presunciones de ningún tipo".

PROBLEMÁTICA DE LA SERVIDUMBRE FORZOSA DE PASO

Ángel Luis Rebolledo Varela
Catedrático de Derecho Civil

I. Introducción:

Dentro de los modos de constitución de la servidumbre de paso regulados en el artículo 25 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, la norma se refiere, entre otros, a que la servidumbre de paso *"se adquiere por ley"*. Tal expresión ha sido entendida por la generalidad de la doctrina como una referencia a la constitución forzosa de la servidumbre de paso por causa de necesidad, esto es, a la servidumbre coactiva para posibilitar el acceso a finca enclavada. Ahora bien, sin perjuicio de lo equívoco de la expresión de que en este supuesto la servidumbre "se adquiere por ley" cuando en realidad no nos encontramos ante una limitación de dominio derivada de la propia norma sino simplemente de un derecho real limitado que requiere un acto no de adquisición sino de constitución formal –bien judicial o administrativo– previa solicitud del beneficiado por el precepto, es lo cierto que la Ley 4/1995 no contiene ningún desarrollo posterior de este específico modo de constitución a pesar de su gran relevancia en nuestra Comunidad Autónoma en que precisamente es el origen histórico del minifundio y el consiguiente enclavamiento de los predios el que da origen a la especial problemática de la servidumbre de paso dentro del territorio en que se aplica el Derecho propio. Tal falta de desarrollo implica una remisión completa a la normativa contenida en el Código civil, fundamentalmente al artículo 564 sobre el concepto de finca enclavada y distinción entre servidumbres con vía permanente o sin ella; artículos 565 y 566 para los criterios de determinación del paso dentro del predio sirviente; artículo 567 sobre la constitución de la servidumbre de paso para finca enclavada que surge como consecuencia de actos voluntarios de enajenación o división y artículo 568 sobre la extinción de la servidumbre por desaparición de la causa de necesidad que motivó su constitución.

Sin embargo, tales preceptos y regulación del Código civil en su aplicación concreta en nuestra Comunidad Autónoma, además de los problemas interpretativos generales, ha venido presentado importantes disfunciones que se derivan no sólo de una normativa que mantiene su redacción originaria del Código civil sin haber sufrido cambio alguno y, por lo tanto, concibiendo la servidumbre de paso exclusivamente como un recurso referido a fincas rústicas y dentro de un determinado modelo decimonónico de explotación agraria (frente a lo que ya supuso un cualificativo avance el artículo 27 de la Ley 4/1995), sino también de las importantes contradicciones jurisprudenciales que se observan en la aplicación de tales normas, en que la doctrina legal del Tribunal Supremo muchas veces es ignorada sin crítica alguna por los Juzgados y Audiencias ante las dificultades por

razón de la cuantía de que estos litigios tengan acceso al recurso de casación (frente a lo que también supuso un importantísimo avance la existencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y la existencia del recurso de casación sin el límite de cuantía mínima) y, sobre todo, de la especial problemática que en nuestra Comunidad Autónoma presenta la finca enclavada, irremediablemente unida a la imposibilidad de adquirir por usucapión la servidumbre de paso por lo menos hasta el año 2015 ante el rotundo pronunciamiento doctrinal y jurisprudencial sobre la irretroactividad del artículo 25 de la Ley 4/1995. Tales disfunciones pueden verse con claridad en cuestiones como el propio concepto de finca enclavada y la interclusión voluntaria provocada por el desarrollo económico del predio; los problemas de constitución cuando la situación de enclave surge como consecuencia de la supresión de un paso previamente tolerado especialmente cuando ello se produce como consecuencia del ejercicio y estimación de una acción negatoria; la repercusión que sobre la determinación del predio sirviente y la constitución de la servidumbre deba tener el hecho de las circunstancias del propio origen de la interclusión, etc.

Todas estas cuestiones, como se indica, están ausentes de reflejo normativo en la regulación contenida en el Código civil, y en relación con una eventual modificación de la Ley 4/1995 para avanzar en el necesario desarrollo del Derecho civil de Galicia parece más que conveniente plantearse poner término a la parquedad del artículo 25 en su referencia a la servidumbre de paso adquirida por ley para incluir en una futura reforma una regulación íntegra de la servidumbre forzosa de paso que evitando remisiones innecesarias al Código civil permitan aportar soluciones propias a problemas propios. Para ello, cualquier reflexión sobre esta cuestión ha de partir del propio artículo 564 del Código civil: *"El propietario de una finca o heredad, enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público, tiene derecho a exigir paso por las heredades vecinas, previa la correspondiente indemnización"*. Tal precepto, como se ve, regula en un solo párrafo cinco cuestiones distintas claramente diferenciables: la primera, y no por el orden legal, la necesidad de constitución de la servidumbre ("tiene derecho a exigir...") por lo que ésta ni se adquiere ni se constituye directamente por la ley (de ahí la conveniencia de modificar en este extremo la redacción actual del artículo 25 de la Ley 4/1995); en segundo lugar, las características físicas de la "finca o heredad" que, en definitiva, es lo que permitirá la imposición de la servidumbre, que no son otras que se encuentre "enclavada entre otras ajenas y sin salida a camino público"; en tercer lugar, la legitimación activa para su constitución ("el propietario de una finca o heredad..."); en cuarto lugar, la legitimación pasiva (tiene derecho a exigir paso "por las heredades vecinas") y, por último, el pago de la indemnización.

II. El concepto de finca enclavada:

Dejando aparte la primera cuestión, que no presenta una especial problemática ante la unanimidad jurisprudencial al admitir incluso protección posesoria contra el ejercicio de hecho de una servidumbre de paso a favor de finca físicamente enclavada pero en que el gravamen no ha sido judicialmente constituido, por lo que respecta a las características físicas de la finca que permite solicitar la imposición de la servidumbre, en primer lugar ha de decirse que aunque pueda

estimarse que la regulación de la servidumbre de paso contenida en los artículos 564 y siguientes del Código civil esté orientada hacia las servidumbres rústicas, es lo cierto que la jurisprudencia mayoritaria considera que también es aplicable a las servidumbres urbanas en accesos a terrenos construidos o no, y no dedicados de manera exclusiva a explotaciones agrícolas, especialmente cuando hablamos de fincas enclavadas. En este sentido, hay que señalar que el artículo 564 del Código civil ciertamente habilita para exigir la constitución de la servidumbre forzosa de paso al titular de un predio rústico o urbano en el supuesto y condiciones que la norma contempla. Sin embargo, parece conveniente resaltar que no faltan resoluciones jurisprudenciales que han limitado la aplicación del precepto, sobre la base de la utilización de expresiones como "finca o heredad", a las fincas rústicas o de destino agrícola. Por ello, parece más que aconsejable introducir a nivel normativo una expresión concreta de que el derecho a exigir el acceso forzoso lo es tanto respecto de fincas rústicas como urbanas, término este último que comprendería también los inmuebles con destino industrial o comercial.

Por otra parte, y en relación con lo anterior, un problema especifico que se plantea con frecuencia es la transformación del destino de las fincas de rústico a utilidades urbanas con el consiguiente surgimiento en muchas ocasiones de una situación de enclavamiento, pues un acceso anteriormente existente suficiente para satisfacer todas las necesidades del predio conforme a su destino agrícola se muestra claramente insuficiente para una explotación industrial o simplemente de modificación urbanística. Es cierto que el artículo 27.2 de la vigente Ley 4/1995 expresamente prevé la posible ampliación forzosa de una servidumbre de paso preexistente cuando llegare a ser insuficiente para las necesidades del predio dominante, aumento de las mismas que podrá ser debido a las modificaciones introducidas en el mismo de acuerdo con su destino y mejor uso y explotación, pero tal norma ha presentado dos graves inconvenientes: el primero, que sólo contempla la ampliación de una servidumbre de paso preexistente y no la constitución originaria de una servidumbre forzosa, es decir, el fundo no enclavado con acceso propio pero que deviene intercluso relativamente dado que conforme a su nuevo destino el acceso actual es insuficiente, y al que un sector jurisprudencial niega la constitución forzosa de la servidumbre por considerarlo un supuesto de interclusión voluntaria; y el segundo, que el artículo 27.4 de la Ley 4/1995 exige que las modificaciones sean conformes "a su destino", lo que ha permitido plantear que el destino del fundo en el momento del establecimiento de la servidumbre que se pretende ampliar coactivamente (tenga ésta un origen voluntario o forzoso), delimita el ámbito de aplicación del precepto, es decir, que tratándose de una servidumbre constituida para necesidades agrícolas, la ampliación no puede tener como finalidad satisfacer otro tipo de necesidades (edificación, comercial, industrial, etc.) que no se correspondan con aquel destino originario. Frente a tal interpretación restrictiva, hay que recordar que el fundamento de la servidumbre forzosa de paso reside en el designio de facilitar o hacer posible la adecuada utilización de los usos o aprovechamientos de las fincas o heredades que se encuentran enclavadas. Se trata, pues, de una servidumbre forzosa que se fundamenta no sólo en la satisfacción de intereses particulares ante la necesidad de dar al propietario de una finca enclavada acceso a la misma, pues en otro caso le sería imposible obtener de su propiedad la utilidad que puede proporcionar, sino también en que el interés social exige el aprovechamiento

de los inmuebles. Por ello, parece oportuno establecer dentro del concepto genérico de finca enclavada el fundamento en la necesidad de acceso "para satisfacer las necesidades permanentes de explotación, uso y disfrute del predio dominante conforme a su destino económico actual", referencia al destino actual que aparte de su consideración para la constitución originaria de la servidumbre coactiva también debería ser tenido en cuenta en el ámbito de la ampliación forzosa de la servidumbre.

Por otra parte, en la terminología del Código civil la finca está enclavada cuando se encuentra entre otras ajenas y sin salida a camino público. Sin embargo, la jurisprudencia ha ido introduciendo diversos matices a tales requisitos genéricos, matices que en buena medida han quedado a la interpretación de cada tribunal o Audiencia y que quizá sería oportuno en una futura reforma de la Ley 4/1995 darle un rango superior al de mera doctrina legal no vinculante. Así, hoy en día está plenamente admitido y generalizado el concepto de interclusión absoluta e interclusión relativa en el sentido de que lo que califica jurídicamente –que no físicamente– una finca como enclavada no es tanto la ausencia de salida a camino público por ninguno de sus vientos (interclusión absoluta) como la falta de una salida o acceso suficiente para las necesidades de uso y explotación del predio (interclusión relativa). Además, una finca aunque esté totalmente rodeada entre otras ajenas, no por ello estará siempre técnicamente enclavada pues también hay que distinguir entre una interclusión material (la finca que físicamente carece de acceso a camino público) y una interclusión jurídica (la finca que carece de salida directa a camino público y que su titular no puede ejercer por carecer de título o derecho para ello sobre las fincas colindantes). Sólo la interclusión jurídica entraría en el concepto de finca enclavada que permitiría instar su constitución forzosa, esto es, cuando el titular de un derecho real de uso y disfrute sobre el predio enclavado carezca de cualquier otro título que le permita efectuar el tránsito, sin que a estos efectos parezca suficiente que se disfrute de un acceso por mera tolerancia que en cualquier momento puede ser suprimido y que no goza de la estabilidad necesaria.

Por último, el artículo 564 del Código civil exige que no exista salida a camino público. El concepto que la jurisprudencia viene utilizando de manera unánime está dotado de la suficiente amplitud como para que no parezca necesaria su plasmación legal en el sentido de entender que camino público no son solamente las vías de comunicación pertenecientes a la Administración Pública, incluidas las veredas y vías pecuarias así como las forestales de titularidad pública, sino cualquier otro trayecto, con independencia de su naturaleza rural o urbana, por donde el titular o poseedor del fundo pretendidamente intercluso pueda circular libremente, sin que nadie lo obstaculice ni pretenda ostentar un derecho de propiedad excluyente. Ahora bien, lo que sí es conflictivo es la consideración de si basta la existencia de un camino público al que se tenga acceso desde el predio para que ya no se pueda hablar de interclusión ni jurídica ni material o si, por el contrario, tiene algún tipo de consecuencia el hecho de que tal camino sea impracticable. Podría sustentarse una respuesta negativa pues si existe una salida ya no hay enclave y, consecuentemente, nada justifica una acción contra un colindante y el propietario que no puede, por la negligencia de los poderes públicos, usar eficazmente la salida que posee, no tendría más recurso que contra la Administración responsable. Sin embargo, una interpretación tan estricta del concepto de enclave no debería ser admitida pues el

sentido de la servidumbre forzosa de paso es permitir el uso y disfrute, así como la explotación, de aquellos predios que carecen del acceso necesario y suficiente para ello, no estableciéndose simplemente en un interés privado sino con una fuerte base social y económica, y salvo aquellos supuestos en que la impracticabilidad sea meramente transitoria o accidental, exigir al particular accionar contra los poderes públicos como único remedio para acceder al fundo supondría desconocer el criterio de la "realidad social" como elemento interpretador de las leyes. Por ello, a los efectos de imposición forzosa de la servidumbre de paso debe considerarse enclavado y equiparado al fundo que carece de salida a camino público, aquél cuyo único acceso se tendría que producir a través de una vía pública impracticable, de manera que para posibilitar el acceso a través de ella se requeriría la imprescindible intervención de la Administración sin que ello esté al alcance del titular del fundo.

En definitiva, frente a la parquedad del artículo 564 del Código civil, y a fin de poner término a las discrepancias jurisprudenciales sobre su interpretación, considerando que dentro de la servidumbre de paso, y sin perjuicio de las servidumbres voluntarias y su problemática específica, la servidumbre forzosa por razón de enclave tiene una repercusión fundamental como consecuencia, al menos hasta ahora mientras no se reconsidere en estrictos términos legales la cuestión de su prescriptibilidad como cualquier acción real, de la fácil prosperabilidad de la acción negatoria, se estima oportuno que dentro del ámbito del Derecho civil de Galicia se recoja legalmente un concepto de finca enclavada que responda al siguiente perfil:

Se considerará finca enclavada la que carece de acceso suficiente a camino público transitable atendiendo a las necesidades permanentes de explotación, uso y disfrute del predio conforme al destino económico que tenga en el momento de solicitarse la imposición de la servidumbre de paso, sea rústico, urbano, industrial o comercial, siempre que el acceso solamente sea posible a través de otros predios de ajena pertenencia que lo separan del camino público y sobre los que el legitimado para pedir la constitución de la servidumbre carece de otro título que le permita a él y a los usuarios del fundo efectuar el tránsito.

III. Legitimación activa:

El artículo 564 del Código civil habla exclusivamente del propietario como único que ostenta legitimación activa para pedir la constitución forzosa de la servidumbre en el supuesto de finca enclavada. La jurisprudencia ha delimitado que tal legitimación ha de reconocérsele igualmente al poseedor en concepto de dueño, al usufructuario y, en general, al titular de un derecho real de uso y disfrute sobre la finca enclavada, negándose, sin embargo, a quien ostenta un derecho meramente personal por entender que tal poseedor que no lo es concepto de dueño o titular de un derecho real que conlleve la posesión lo que tiene es acción contra el propietario a fin de que le facilite la posesión legal y pacífica del inmueble. Realmente, dada la vocación de permanencia y perpetuidad de las servidumbres, aunque teniendo en cuenta el límite temporal de los derechos reales de uso y disfrute, no parece que la transitoriedad a estos efectos de un derecho personal, generalmente inoponible frente a terceros, pueda servir de título legitimador para instar judicialmente la constitución forzosa de una servidumbre de paso. Por eso, tal legitimación, además del propietario, copropietario que actúe en beneficio de la comunidad y poseedor en

concepto de dueño, sólo debe reconocerse a los titulares de derechos reales limitados de uso y disfrute mientras se niega al nudo propietario, servidumbre que no debe contener ninguna especialidad en su extinción por razón de la desaparición del derecho en que se fundó su constitución ya que es un derecho real limitado inherente al fundo cuyo ejercicio continuaría el ahora pleno propietario, extinguiéndose por la causa general de modificación de las circunstancias que dieron lugar a su establecimiento, esto es, desaparición de la necesidad intercluyente y con ella la situación de enclave.

En relación con lo expuesto, cabe tomar en consideración que una eventual reforma y desarrollo de la Ley 4/1995 en materia de servidumbre de paso recogiera la siguiente legitimación activa:

El propietario, copropietario, el poseedor en concepto de dueño y el titular de un derecho real de uso y disfrute de una finca enclavada entre otras ajenas podrá exigir la constitución forzosa de servidumbre de paso por los predios vecinos.

IV. Legitimación pasiva:

La legitimación pasiva para la imposición forzosa de la servidumbre de paso en principio aparece determinada en el artículo 564 del Código civil con referencia a "las heredades vecinas", es decir, las intercluyentes y a través de las cuales pueda establecerse el acceso que permita la comunicación de la finca enclavada con el camino público. Ahora bien, dentro de todas las posibilidades, se plantea la cuestión de cuáles han de ser las fincas definitivamente gravadas y la jurisprudencia, a falta de otra norma específica aplica sin dificultad el criterio establecido en el artículo 565 del Código civil que aunque previsto para la determinación del lugar de ejercicio dentro del predio sirviente se generaliza a la propia concreción de este último. Ahora bien, es clásico el problema jurisprudencial planteado sobre la existencia o no de litis consorcio pasivo necesario respecto de todas las fincas intercluyentes sobre las que en hipótesis podría establecerse la servidumbre, con jurisprudencia claramente contradictoria y que sin duda sería oportuno clarificar a nivel legal si no en todos sus aspectos sí en el que con más frecuencia se presenta en la práctica y que no es otro que aquél en que ante un paso ejercido durante un largo período de tiempo pero que por la imposibilidad de adquirir por usucapión la servidumbre y aplicación irretroactiva del artículo 25 de la Ley 4/1995 acaba siendo calificado de tolerado, la inevitable prosperabilidad de la acción negatoria conlleva que por vía reconvencional el demandado inste la constitución forzosa de la servidumbre al cumplir todos los requisitos exigibles para apreciar una situación legal de enclave, precisamente contra el demandante por entender que es por tal finca por donde corresponde el establecimiento de la servidumbre conforme al criterio del menor perjuicio y distancia. Si tales circunstancias concurren y pueden ser acreditadas durante el proceso, cabe pensar en la innecesariedad de exigir en estos casos que todos los colindantes tengan que ser traídos a juicio en una pretensión que no les afecta y que la única consecuencia que va a tener es un incremento de costas y gastos.

Por ello, probablemente fuera oportuno en una futura reforma de la Ley 4/1995 establecer que ***si la situación legal de enclave surgiera por la supresión de***

un paso previo suficiente como consecuencia del ejercicio de una acción negatoria, el demandado legitimado para exigir la constitución forzosa de la servidumbre de paso podrá instarla exclusivamente sobre la finca o fincas por la que se venía ejerciendo, sobre las cuales se establecerá siempre y cuando se acredite que en relación con las demás colindantes se produce el menor perjuicio y es menor la distancia al camino público.

V. Indemnización:

Que la servidumbre forzosa de paso, salvo el supuesto previsto en el artículo 567 del Código civil, debe establecerse con indemnización no tiene ninguna duda. Los criterios de los párrafos 2.º y 3.º1 del artículo 564 del Código civil no han venido presentado especiales problemas de aplicación en nuestra Comunidad Autónoma. Ahora, en una realidad social en la que las pequeñas fincas siguen siendo numéricamente relevantes y en la que las indemnizaciones establecidas por la ocupación del terreno y perjuicios causados suelen ser de escasa cuantía, en cuanto a la legitimación pasiva y en relación con el menor perjuicio del predio sirviente cabe plantear si es posible el establecimiento de una servidumbre forzosa de paso en aquellos supuestos en que, bien por las circunstancias físicas de los lugares o por ser el único medio de satisfacer las necesidades del predio dominante, el gravamen sólo puede ser establecido por un predio en el que el perjuicio es total, implicando su inutilización para otros fines o la desaparición de su destino económico. En principio, y de acuerdo con el artículo 564 del Código civil, el propietario del fundo intercluso tiene derecho a reclamar sobre los fundos vecinos un paso suficiente para asegurar la salida a camino público, con la carga de una indemnización proporcional al daño que produzca la imposición del gravamen, derecho que aparentemente se configura como absoluto, es decir, que desde el momento en que se produce el enclave la servidumbre de paso debe ser establecida cualquiera que sea el perjuicio, pues el derecho de paso del propietario del fundo enclavado no está limitado por la importancia del daño causado al predio sirviente. Desde este punto de vista, la existencia de una servidumbre de paso en caso de fundo enclavado, o más exactamente, el derecho a exigir su constitución forzosa no es más que una consecuencia que la ley impone derivada de una determinada situación física, de manera que una vez que se acredita la interclusión la servidumbre debe ser establecida en la sentencia, sin que todavía pueda entrarse a valorar el perjuicio que puede sufrir el predio sirviente pues ello depende de la forma de uso de la servidumbre –continuo o sólo en determinadas épocas (art. 564 Cc)– y, sobre todo, del lugar de ejercicio (art. 565 Cc), que sí ha de determinarse por el lugar menor perjudicial al predio sirviente, correspondiendo una mayor o menor indemnización según la proporcionalidad con tal perjuicio. Por eso, cuando la imposición forzosa de la servidumbre implica la inutilización para otros fines del predio sirviente, el derecho de paso no puede ser denegado aunque la indemnización deberá tener en cuenta esta circunstancia y alcanzar, en su caso, el valor del terreno que ha quedado inutilizado para el dueño del predio sirviente. Sin embargo, tal solución puede ser muy discutible dado que la servidumbre no es más que un derecho real limitado y en cuanto tal la utilidad que su existencia reporta al predio dominante no puede implicar, desde el lado pasivo, una servidumbre general que absorba todo el contenido del derecho de propiedad del predio sirviente en cuanto que la

servidumbre debe coexistir con el derecho dominical sin anularlo. Por ello no parece posible la constitución forzosa de una servidumbre de paso que implique la total inutilización del predio sirviente posible pues ello implicaría algo muy similar a una expropiación forzosa en interés particular, lo que no es admisible en nuestro ordenamiento jurídico, y en la Ley 4/1995 debería incluirse un precepto que estableciese que ***no se podrá imponer una servidumbre forzosa de paso sobre un predio si su constitución supone la inutilidad económica del mismo.***

VI. División o enajenación de predio y finca enclavada:

No hace falta incidir especialmente en el hecho de que las fincas en la realidad no surgen enclavadas, sino que a la falta de acceso (y consiguiente ejercicio de hecho de uno) se llega bien por causas naturales bien, lo que es más frecuente, como consecuencia de la actuación humana. En general, la doctrina jurisprudencial mantiene de manera unánime que cuando el enclavamiento surge por actos voluntarios del dueño o poseedor en concepto de dueño del predio carece de legitimación activa para solicitar la constitución forzosa de la servidumbre y a él le corresponde remover en su predio todos los obstáculos que le impiden disfrutar del acceso, o acceso suficiente, del que disponía con anterioridad. Ahora bien, si la situación de enclave surge como consecuencia de la segregación o división de las fincas, tradicionalmente el Código civil ha dado una respuesta distinta: según el artículo 567, si, adquirida una finca por venta, permuta o partición, quedare enclavada entre otras del vendedor, permutante o copartícipe, éstos están obligados a dar paso sin indemnización, salvo pacto en contrario. En principio, la lógica de este precepto es clara. Si una finca tiene acceso propio a camino público sin necesidad de establecimiento de ninguna servidumbre forzosa a través de los colindantes, tal situación debe permanecer cuando por actos voluntarios de quienes intervienen en el negocio jurídico, una de las fincas, o parte de ella, queda enclavada y sin salida a camino público. Parece evidente que el paso en tal supuesto debe ser facilitado a través de la finca intercluyente, y ello con independencia de que puedan existir otros colindantes a los que en general y con el criterio del menor perjuicio les hubiera correspondido la imposición de la servidumbre, o incluso aunque el actual propietario del predio que ha de ser gravado sea ya un tercero subadquirente, pues la posibilidad de imposición de una servidumbre forzosa no se configura como una carga o gravamen oculto sino como una limitación genérica del dominio. Por otra parte, parece que las mismas conclusiones deberían obtenerse cuando la enajenación lo es a título gratuito pues con independencia de la existencia o no de una contraprestación, no debe hacerse recaer la servidumbre sobre terceros por actos propios voluntarios generadores del enclave. Por último, y además de la intrascendencia de que la enajenación sea voluntaria o forzosa, parece que debe ser suficiente para que se aplique el principio del artículo 567 del Código civil de que una sola finca del transmitente o copartícipe sea colindante con la enclavada para que, aunque existan otras colindancias con terceros, la legitimación pasiva para la imposición de la servidumbre haya quedado determinada. Tales conclusiones no son unánimes en la jurisprudencia, incluso con una doctrina contradictoria del propio Tribunal Supremo y por ello, con la finalidad de reducir la importante conflictividad que sobre esta cuestión se produce en nuestra Comunidad Autónoma cabría pensar en la adopción de una propuesta en términos similares a los siguientes:

Si adquirida una finca por venta, voluntaria o no, permuta, partición o cualquier otro título, oneroso o gratuito, **inter vivos** ***o*** **mortis causa,** ***quedare enclavada entre alguna del transmitente o partícipe, éste y sus causahabientes, sean a título universal o particular, están obligados a constituir servidumbre de paso sobre los predios sin indemnización, salvo que respecto de ésta se hubiese pactado lo contrario. En el supuesto de que la servidumbre no se hubiese establecido en el momento de la enajenación o división podrá exigirse su constitución forzosa.***

VII. Presunción de existencia de servidumbre:

La finca enclavada, cuya existencia es palpable en cuanto prospera la acción negatoria, presenta unas especiales características que probablemente deberían ser tenidas en cuenta. Anteriormente se ha mencionado una situación frecuente: ejercicio de acción negatoria acogiéndose a la tradicional doctrina jurisprudencial de que la propiedad se presume libre mientras no se demuestra lo contrario, esto es, que existe una servidumbre de paso constituida conforme a Derecho. Dado el régimen del Código civil y el carácter irretroactivo del artículo 25 de la Ley 4/1995, sólo le queda al demandado la reconvención para pedir la constitución forzosa. Ahora bien, en ese litigio pueden acreditarse algunos extremos de interés: que el paso es el único del que disfruta la finca para acceder a la vía pública, que es el menos perjudicial para todas las fincas colindantes y que, en último término, es por donde la servidumbre habría de establecerse forzosamente. Si el paso viene siendo ejercido de manera continuada y sin oposición por parte del dueño o dueños anteriores de las fincas que lo soportan, y sobre la base de que las fincas no nacen enclavadas, razonablemente puede presumirse que realmente lo que hay es un acatamiento voluntario de la obligación de dar paso a la finca que queda enclavada como consecuencia de la venta o división, es decir, que existe un título. En otros términos, en este supuesto existen o concurren elementos suficientes para considerar que la propiedad no debe presumirse libre sino que le correspondería al actor en la acción negatoria acreditar la inexistencia del gravamen. Téngase en cuenta que no se trata de que ante el mero ejercicio de una servidumbre de paso se presuma la existencia de título, sino de que ante una servidumbre de paso ejercida en beneficio de fundo enclavado y sobre el predio o predios a los que correspondería su constitución forzosa, se pueda considerar que la servidumbre ya ha sido constituida voluntariamente (aunque como acatamiento de un deber legal que impone facilitar el acceso en los propios actos generadores del enclave). Por ello, y ante un posible origen voluntario, podría pensarse en una presunción legal del siguiente tenor:

Se presume, salvo prueba en contrario, que la servidumbre ha sido constituida siempre que el paso a camino público desde la finca enclavada se venga ejerciendo, de manera continuada y sin oposición del dueño o dueños de las fincas que lo soportan, a través del predio o predios por lo que se impondría la servidumbre forzosa. Ello sin perjuicio del derecho a exigir el pago de la indemnización correspondiente mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción.

VIII. Extinción de la servidumbre forzosa:

El artículo 568 del Código civil prevé que el dueño del predio sirviente pueda pedir la extinción de la servidumbre forzosa de paso cuando ésta deje de ser necesaria. El problema fundamental que presenta la norma es el de su ámbito de aplicación pues si bien está claramente reducido a las servidumbres forzosas y no a las voluntarias (para estas últimas el artículo 29.2 de la Ley 4/1995 recoge la posibilidad de solicitar la suspensión de su ejercicio en caso de inutilidad), es cuestión controvertida en la jurisprudencia qué ha de entenderse por servidumbre forzosa: si solamente las constituidas por resolución judicial o si también aquellas que constituidas voluntariamente sin embargo su fundamento reside en la situación previa de enclavamiento. Parece oportuno considerar servidumbres forzosas a efectos de extinción por desaparición de la necesidad todas aquellas que en el momento de su constitución, cualquiera que hubiera sido la forma, la finca estaba enclavada con anterioridad y precisamente la servidumbre permite el acceso en condiciones suficientes del que antes no se disfrutaba. En consecuencia, podría proponerse que en una futura reforma de la Ley 4/1995 se recogiera alguna disposición del siguiente tenor:

El propietario del fundo sirviente podrá solicitar la extinción de la servidumbre forzosa si el paso deja de ser necesario para el predio dominante por haberlo reunido su dueño a otro que esté contiguo a camino público o se haya abierto uno nuevo que dé acceso a la finca enclavada, devolviendo lo que hubiese recibido por indemnización. A estos efectos, se considerará servidumbre forzosa la constituida por negocio jurídico, signo aparente o usucapión, si en el momento de su constitución o adquisición el predio dominante estuviera enclavado. Igualmente se considerará a tales efectos servidumbre forzosa la constituida voluntaria o judicialmente como consecuencia del enclavamiento del fundo posterior a la enajenación o división.

PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LAS SERVENTÍAS

Ramón P. Rodríguez Montero
Profesor titular de Derecho Romano y Magistrado Suplente del TSXG

I. Sobre la definición de serventías:

Tanto en atención al desarrollo que desde la entrada en vigor de la norma básica que rige el ordenamiento jurídico–civil gallego hasta nuestros días ha venido experimentando la institución de la serventía en su aplicación práctica y jurisprudencial en la Comunidad gallega, así como también en orden a la hipotética proyección que la institución pudiese sufrir en el futuro –en cierto sentido predecible a tenor de la utilización intensiva y extensiva que de la misma se ha venido realizando–, a nuestro juicio se hace necesario tomar en consideración la posibilidad

de introducir ciertas precisiones en su actual regulación legislativa, que, como es sabido, aparece contenida en la sección 2.ª del capítulo II, título III, de la Ley de Derecho civil de Galicia, que comprende tres artículos en los que, respectivamente, se define y caracteriza a la serventía (art. 30), se establece una presunción en relación a la misma (art. 31), y, en cuanto al contenido concreto de la serventía propia del agra se refiere, también se regula el modo y forma de realización del paso (art. 32).

Por lo que se refiere a la definición que de la institución se recoge en la Ley –con independencia de las posibles incorrecciones o errores se pudiesen contener–, se puede observar que la serventía no se concreta con exclusividad al agra o vilar, lo que, sin embargo, sí se toma en consideración como uno de los elementos referenciales que, junto al uso continuo, conforman la presunción establecida para la misma.

Tal circunstancia, en nuestra opinión, ha provisto a la institución que nos ocupa de una enorme amplitud, que ha venido y viene siendo confirmada jurisprudencialmente por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, a través de diversas resoluciones casacionales en las que se alude a este dato.

Todo ello parece contrastar (y ello lo manifestamos con las oportunas reservas, puesto que consideramos que quienes realmente lo pueden confirmar adecuadamente a través de la realización de distintos trabajos de campo son los antropólogos sociales) con la figura menos amplia y de contornos más precisos que inicialmente apareció en Galicia y que hasta su recepción legislativa presentaba y presenta un carácter netamente consuetudinario.

Nos referimos, en concreto, a la doctrinalmente denominada serventía alternativa de agra, o serventía de año y vez, institución ésta que aparece referida, como su nombre indica, al agra (o vilar), y que presenta, según se acaba de señalar, unas características definitorias que la dotan de una clara especificidad, frente a la que denominaremos como serventía general, con la que comparte algunas de esas características, pero de la que se separa y diferencia en otros aspectos.

Lo hasta aquí indicado conduce, por tanto, a la necesidad de establecer –quizá plasmándola legislativamente– una clara distinción entre las dos posibles figuras o tipos de serventía: serventía común o general y serventía alternativa de agra, o de año y vez, que se presenta como el primitivo tipo específico y autóctono de la Comunidad Autónoma gallega.

Con la finalidad de proceder a establecer esa diferenciación, parece oportuno –aun desde la más plena consciencia de las dificultades y riesgos que ello pueda entrañar– intentar establecer una definición lo más rigurosa y clara posible, en la que se contengan los caracteres fundamentales de las dos figuras o tipos indicados.

Para ello resulta conveniente partir de las diversas aportaciones que, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, se han venido realizando hasta el momento presente en torno a la serventía y sus caracteres.

Tomando en consideración las mencionadas aportaciones, se proponen las siguientes definiciones para cada una de las dos figuras.

SERVENTÍA (común o general).– Se considera serventía el camino privado, de titularidad dominical compartida y destino común permanente, que se encuentra integrado y discurre como una unidad por diferentes partes o fracciones de diversos predios contiguos, inicialmente privativas, pero que al ser cedidas por sus propietarios, dan lugar a una situación de comunidad duradera sobre el mismo, sin establecimiento o asignación de cuotas, y que se constituye con la recíproca finalidad de poder disponer, de conformidad con los pactos establecidos, de un espacio material común de servicio compartido, destinado a cubrir el acceso a todas y cada una de las diversas fincas de los propietarios que lo han establecido.

SERVENTÍA ALTERNATIVA DE AGRA (o de año y vez).– Se considera serventía alternativa de agra, o de año y vez, el servicio de paso, de utilización recíproca y privativa por los titulares de las diversas fincas integradas en el agra, establecido por estos, en determinadas épocas, y, generalmente, a través de las cabeceras de sus fincas, en atención a las necesidades derivadas del desarrollo de los mismos cultivos agrícolas, cuyo carácter cíclico, junto con la situación física de los predios en el agra, determina y concreta, temporal y espacialmente, la posibilidad de paso alternativo que, durante determinadas temporadas, corresponde individualmente a todos y cada uno de los distintos propietarios de las mencionadas fincas, de acuerdo con los pactos o usos establecidos, por las fincas de los demás, con la finalidad de poder disponer de una salida a camino público.

Definir las dos figuras en que se manifiesta la institución –en nuestra opinión, todavía confusas en la práctica–, puede resultar trascendental para aclarar determinadas dudas que en torno a ambas se plantean en la actualidad, no sólo entre particulares legos en Derecho, sino, también y además, entre los propios operadores jurídicos, lo cual aun resulta más grave.

Por otra parte, si es que, al igual que se hace en la vigente Ley de Derecho civil de Galicia, se estima necesario introducir en relación con los correspondientes tipos una serie de presunciones –como parece lo más adecuado–, las definiciones aportadas, según veremos más adelante, evidentemente, condicionarán esas presunciones de prueba que se establezcan respecto de cada figura, lo que vuelve a poner de manifiesto su particular importancia y el especial cuidado que se debe procurar seguir al ser formuladas, resaltando las características peculiares de dichos tipos, con la finalidad de evitar, como frecuentemente ocurre, posibles equívocos o manifiestas contradicciones.

Una vez definidos los dos tipos de serventía que se pueden dar en esta Comunidad, surge otra cuestión de carácter sistemático, también importante, a cuya resolución se debe proceder.

Nos referimos al posible encuadre, conjunto o separado, de ambos tipos en una única sección, o, en su caso, en secciones diferentes.

¿Resulta más conveniente agrupar ambas figuras en una única sección titulada, como se hace en la vigente Ley de Derecho civil de Galicia, "De las serventías", o es mejor recoger cada tipo en dos secciones diferentes: la que hemos denominado como serventía común o general, en la sección "De las serventías", y la

específica serventía alternativa de agra, o de año y vez, en la sección dedicada a las agras y los vilares, para las que, como es sabido, la vigente Ley también establece una sección bajo el título "De las agras y los vilares"?

La respuesta que se proporcione, como es lógico, variará dependiendo del punto de referencia que se quiera adoptar o tomar en consideración.

En todo caso, entendemos que cualquiera de las dos opciones sistemáticas señaladas que se adopte, puede ser perfectamente correcta y aceptable.

No obstante, si lo que se pretende es resaltar la separación existente entre la categoría de las servidumbres y la de las serventías, parece más oportuno optar por la primera de las dos posibilidades expuestas, sin olvidarse como ya se ha indicado anteriormente, de realzar dentro de la categoría de las serventías la clara diferencia entre los dos tipos existentes en Galicia, así como también de procurar, siempre en la medida de lo posible, intentar coordinar, evitando posibles disfunciones, las normas impuestas en la sección relativa a las agras o vilares para regular las relaciones jurídicas que se establezcan entre los propietarios de los terrenos situados en esas agras o vilares (uso y aprovechamiento de los predios, mejoras, nuevos servicios, instalaciones, reparaciones necesarias para la conservación y mantenimiento de elementos comunes, etc.), con las que específicamente regulen la propia serventía alternativa de agra.

II. Analogías y diferencias entre las servidumbres y las serventías:

Llegados a este punto, entendemos que puede resultar bastante útil intentar un primer ejercicio de clarificación, contraponiendo la conocida y clara categoría de las servidumbres con la algo más confusa de las serventías, recordando algunas de las posibles analogías y diferencias existentes entre ambas figuras.

Como es sabido, ambas categorías persiguen cumplir la misma finalidad de tipo económico–social, que se concreta en proporcionar el paso para determinadas fincas particulares.

No obstante, en el caso de las servidumbres se establece una situación entre fundos en la que se puede apreciar cómo se plantea una clara contraposición de intereses entre un(os) denominado(s) fundo(s) dominante(s) y otro(s) sirviente(s).

Conocido es que, con carácter general, el propietario del fundo sirviente debe tolerar la realización de una determinada actividad por parte del titular del fundo dominante, o, en su caso, abstenerse de realizar una determinada actividad sobre su propio fundo, que, en caso de que no existiese tal derecho real, no tendría por qué tolerar o bien abstenerse de realizar.

Tal contraposición de intereses no se aprecia, sin embargo, en la serventía, donde no se puede hablar con la rotundidad con que se hace en el caso de las servidumbres de fundo(s) dominante(s) y sirviente(s); en el caso de las serventías, gráficamente y utilizando un lenguaje impropio pero ilustrativo, se podría decir que todos los fundos lo son indistintamente y a la vez, dominantes y sirvientes (ello en el caso de la que hemos denominado como serventía común o general) o que en unas

ocasiones y por temporadas lo son dominantes, y en otras sirvientes –no exclusivamente dominantes ni exclusivamente sirvientes– según los usos (en el supuesto de la que hemos denominado como serventía alternativa de agra o de año y vez).

En la serventía, por tanto, las relaciones de dependencia no son exclusivas de un fundo para con otro, sino que son mutuas, compartidas entre todos los predios para los que se establece; hay una relación de paridad. Como acertadamente se ha dicho, existe un *do ut des* o un *facio ut facias* –más que un *do ut facias*–. Doy para que des, cedo parte de mi terreno para que tú, y todos los demás, también cedáis parte del vuestro; hago para que hagas, dejo pasar por mi terreno para que me dejes y me dejéis pasar por el vuestro. En el primer caso, nos encontraríamos ante la serventía común o general, en el segundo ante la alternativa de agra, añadimos nosotros.

Tampoco está de más recordar que, al igual que las servidumbres, las serventías encuentran su encuadre sistemático en la categoría de los derechos reales, con todo lo que ello supone.

Nos atreveríamos a calificarlas como derechos reales atípicos "innominados", no precisamente por carecer de una denominación o término que permita designarlos, sino, a consecuencia de la imposibilidad –por su señalada atipicidad– para poder identificarlos con alguno de los derechos reales tradicionales establecidos.

Es obvio que se trata de derechos reales porque recaen sobre bienes (predios o fundos), son gravámenes que se establecen sobre los fundos y no en provecho de o en atención a las personas (a sus propietarios), lo que supone, al igual que en el caso de las servidumbres (prediales), su inherencia a las fincas en favor y sobre las que se establecen. Ello, como es de suponer, al igual que ocurre en el caso de las servidumbres, en determinada medida va a condicionar su posible régimen jurídico.

De la predialidad e inherencia deriva, como en el caso de las servidumbres (prediales), su perpetuidad o permanencia, requisito éste que debe ser matizado y cuya determinación y concreción ha ofrecido ciertas dificultades. Sobre el mismo se han manifestado los Tribunales de Justicia en diversas resoluciones jurisprudenciales, quizá sin excesivo acierto.

Por último, cabe referirse a la indivisibilidad, característica ésta que, al igual que ocurre en el caso de las servidumbres, da lugar a la imposibilidad de constitución y extinción del derecho *pro parte*.

III. Referencia a los dos tipos concretos de serventía. Diferencias sustanciales:

Además de las características indicadas, uno de los rasgos definitorios más acusados de las serventías se concreta en la situación de comunidad que se crea tras su constitución entre los diversos propietarios de las fincas particulares por las que se establece.

Dicha situación de comunidad –como con especial acierto y recientemente se ha puesto de manifiesto por un cualificado sector de la doctrina gallega– no es la

misma en los dos diversos tipos que presenta la institución. Esta diferenciación es uno de los elementos que permite separar y clarificar con bastante nitidez la que hemos denominado como serventía común o general, de la específica figura de la serventía alternativa de agra o de año y vez.

Efectivamente, en el primero de los dos supuestos señalados –el de la serventía común– se establece una comunidad de dominio, una situación de copropiedad especial y permanente –comunidad de disfrute de un derecho propio, en el que parece romperse el principio clásico *nemini res sua servit*–, sin asignación de cuotas, sobre la franja de terreno por la que se ejercita el derecho, a través de la que discurre el paso.

Cada uno de los distintos cotitulares, con la finalidad de establecer la serventía, ceden una parte de sus respectivos predios, constituyendo una franja de terreno que se concreta materialmente, como suma de las diversas porciones cedidas –inicialmente, antes de la cesión, privativas de cada propietario– en un camino serventío, que se destina o afecta por sus cotitulares, de común acuerdo, a un fin compartido, estable y permanente: el paso para sus respectivas fincas.

El camino serventío en este caso aparece materializado físicamente y el *locus* sobre el que se asienta se encuentra, frente a lo que ocurre en el caso de la serventía alternativa de agra o año y vez, abierto permanentemente al tránsito de sus cotitulares.

Por otra parte, tampoco parece que su constitución indispensablemente responda a la satisfacción de una necesidad –paso necesario, para cuya solución vaya a surgir–, ni que se encuentre vinculada a terrenos situados en el agra o vilar, lo que inexorablemente da la impresión de que sí ocurre en el supuesto de la serventía de año y vez.

En este último tipo de serventía también se da una situación de comunidad, pero la misma no se identifica –como sucede con la figura anterior– con una copropiedad o condominio sobre la franja de terreno en que físicamente se materialice –cuando ello ocurra, por supuesto– el camino serventío, y ello precisamente porque tal camino serventío, por decirlo nuevamente de forma gráfica y más comprensible, es mutable físicamente, se transforma apareciendo y desapareciendo; sólo se abre alternativamente al tránsito; cuando la vía se siembra –en determinadas temporadas, y de acuerdo con los usos establecidos–, el cultivo interrumpe el tránsito (desaparece el camino) hasta que se recoge la cosecha (aparece el camino).

Lo que cada uno de los propietarios de las diversas leiras o parcelas situadas en el agra o vilar cede en determinadas temporadas sobre un determinado lugar de su parcela privativa –generalmente por la cabecera de su finca– es una potestad de utilización (esto es algo que puede acercar el tipo a la categoría de las servidumbres, provocando una cierta confusión), un uso para el tránsito.

Se establece de esta forma una situación de comunidad de uso (exclusiva de paso), que también persigue un mismo destino o finalidad común y permanente al que se adosan esas cesiones alternativas para resolver las necesidades de paso

derivadas del cultivo agrícola, intentando compatibilizar un tránsito de temporada con el cultivo particular y también de temporada de las diversas partes de terreno.

IV. Presunciones de prueba de serventía:

Uno de los problemas fundamentales que en nuestra opinión y a la vista de la experiencia práctica se plantea en torno a la serventía se concreta en la delimitación, clarificación y separación de la naturaleza jurídica de las dos posibles variantes de la institución. Al mismo nos hemos referido en las líneas que preceden.

El otro problema, no menos importante que también ha sido cumplidamente puesto de manifiesto por la doctrina, es el relativo a la propia prueba de su existencia, cuya dificultad procede salvar mediante el socorrido y en ocasiones peligroso recurso a las presunciones, y, establecidas éstas, la cuestión de determinar sobre quién recae la carga de su prueba.

Una vez definidos los dos tipos posibles de serventía y clarificadas, en la medida de lo posible, sus características más resaltables, procede, pues, ocuparse de la cuestión relativa a las presunciones de prueba de serventía.

Si hasta aquí se ha venido insistiendo en la necesidad de establecer una nítida separación entre los dos diversos tipos de serventía, que quizá fuese útil recoger legislativamente, parece coherente arbitrar no ya una única presunción –como se hace en el artículo 31 de la vigente Ley de Derecho civil de Galicia–, sino dos diferentes presunciones, una para cada figura, en atención a las señaladas variantes que presenta la institución.

Así, a la vista de las características señaladas para cada uno de los tipos, el alcance de cada una de las presunciones podría venir determinado fundamentalmente por la toma en consideración de la circunstancia de que en el caso de la específica figura de la serventía alternativa de agra o de año y vez, dicha figura parece encontrarse limitada a todos aquellos supuestos en los que las fincas se encuentran integradas en un agra o terreno con similares características, y se conecta con la resolución de unas concretas necesidades agrícolas referidas anteriormente, que surgen a consecuencia de la realización de los mismos cultivos por parte de los propietarios de esos predios.

Ello no ocurriría en el caso del tipo calificado como común. En esta figura de serventía general, ni tiene por qué existir una vinculación de las fincas a un agra, ni tampoco por qué aparecer restringida al cumplimiento de determinadas necesidades derivadas de unas muy concretas situaciones o condiciones agrícolas como las a grandes rasgos descritas *supra* (entiéndase mismos cultivos para todos esos terrenos integrados en el agra).

Desde estos presupuestos –notablemente menos restringidos que los exigidos para la existencia del tipo de serventía alternativa de agra–, si es que se acoge o sanciona legislativamente este planteamiento, se dotaría a la figura general o común de serventía –en tanto en cuanto, por supuesto, como es lógico, se siga exigiendo el cumplimiento de todos los demás requisitos que caracterizan a la figura– de una amplia funcionalidad, confirmando legalmente lo que ya parece haberse hecho –

según señalamos en otros escritos– de forma jurisprudencial, como lo demuestra, entre otras, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 24 de junio de 1997.

A partir de lo señalado, se sugiere introducir dos presunciones de serventía del siguiente o parecido tenor:

– Salvo prueba en contrario, se presume serventía alternativa de agra o vilar, el servicio de paso realizado para llevar a cabo ciertas tareas agrícolas por temporadas determinadas, según los usos tradicionales del lugar, que se haya venido ejercitando con regularidad a través de diversas fincas, que encontrándose o habiéndose encontrado sometidas a cultivos a la misma mano u hoja, hubiesen formado parte de un agro, o que en la actualidad formen parte de un agra o vilar.

– Se presumirá que existe camino serventío, salvo prueba en contrario, cuando, sin concurrir las características indicadas anteriormente y sin constar su condición de público o vecinal, dicho camino aparezca como una entidad individualizada, constatable a través de signos externos, y venga siendo utilizado con finalidades de tránsito de manera regular, privativa e indistintamente por los diversos propietarios de las fincas colindantes por las que discurre, sin que respecto de ninguno de los titulares de esos predios se pueda apreciar claramente la condición de titular exclusivo del camino en su totalidad, ni tampoco la de titular exclusivo de fundo dominante o sirviente.

Por lo que se refiere a la carga de la prueba del tipo de serventía de que se trate, suscribimos la opinión de los autores que sostienen que la misma corresponde no ya al que niega su existencia, sino al que la afirma, y ello, entre otras posibles razones apuntadas por el sector doctrinal indicado, por el conocido argumento procesal de la dificultad para poder demostrar los denominados hechos negativos.

Parece, por tanto, adecuado incluir en la Ley una norma en la que, al igual que se hace en el artículo 7 de la Propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia, elaborada por la Comisión Superior para el estudio del desarrollo del Derecho civil gallego, se contenga tal prescripción, admitiendo la posibilidad, como también allí así se expresa, de que la serventía pueda ser declarada contra quien se opone al servicio solicitado, en beneficio de la comunidad, sin necesidad de intervención de los demás cotitulares de la misma, aprovechándoles las resoluciones favorables y no perjudicándoles las adversas.

V. Breve referencia final a determinados aspectos de la regulación jurídica sustantiva y procesal de la institución, no contemplados en la Ley de Derecho civil de Galicia:

Los presupuestos indicados entendemos que podrían servir para sentar las bases de la posible regulación jurídica de la institución que nos ocupa, sin perjuicio de introducir en el texto legislativo otra serie de normas que permitiesen clarificar determinados aspectos de tipo sustantivo y procesal que, con bastante seguridad, se pueden plantear en un futuro más bien inmediato.

Entre ellos, a título ejemplificativo, se pueden señalar los que a continuación se indican.

a) Regulación general de las relaciones jurídicas de uso y aprovechamiento de las servidumbres por sus cotitulares:

De nuevo resulta conveniente volver a referirse a la necesidad de recurrir a la diferenciación aludida entre la servidumbre común o general y la servidumbre alternativa de agra.

Por lo que al último de los tipos mencionados se refiere, parece claro que, por sus características, serán los usos tradicionales, y, en su defecto, los posibles pactos o acuerdos entre los cotitulares, los que regirán sus relaciones de uso y aprovechamiento de la servidumbre.

Para el supuesto de la servidumbre común o general, pensando en la que se presentaría como forma más habitual de establecimiento –el negocio jurídico–, cabe entender que dichas relaciones en cuanto a su forma y medida se regirán por los pactos o prescripciones que los cotitulares hubiesen establecido de común acuerdo en el momento de su constitución.

En cualquier caso, interesa destacar que, por tratarse de situaciones de comunidad –comunidad de uso y comunidad de dominio–, en caso de no existir pactos o acuerdos entre los cotitulares de la servidumbre, la concurrencia solidaria en el uso y aprovechamiento implica el recurso a la buena fe y al abuso del derecho en la valoración del mismo en caso de conflicto.

b) Formas de constitución de ambas figuras o tipos de servidumbre:

Muy recientemente se ha manifestado al respecto por un sector cualificado de la doctrina gallega la posibilidad de reconocer constituida la servidumbre, en cada una de sus dos modalidades, "por cualquiera de los medios establecidos para la adquisición del dominio y de los demás derechos reales en general", incluyendo entre los mismos la usucapión.

Tal afirmación entendemos que requiere ser matizada en el sentido de considerar la diversa naturaleza jurídica que presentan ambos tipos, siguiendo el planteamiento que hasta aquí hemos venido sosteniendo.

En atención a la misma y a los específicos caracteres que concurren en cada una de las figuras, quizá se pudiesen perfilar los posibles diversos modos o formas de constitución de ambas.

Recordando lo indicado, en los dos casos hablábamos de situación de cotitularidad indivisa y sin establecimiento de cuotas, pero también, a la vez, diferenciábamos una situación de cotitularidad de simple uso –en el supuesto de la servidumbre alternativa de agra–, de otra situación propiamente de comunidad –servidumbre común o general–; en definitiva, con las especificidades correspondientes, nos encontraríamos ante la constitución de una comunidad de uso y frente a la constitución de una comunidad de dominio, respectivamente.

Tratamiento aparte merece la compleja cuestión relativa a la posibilidad o no de adquirir la servidumbre por usucapión, sobre la que la doctrina también se ha pronunciado recientemente, quizá sin excesivo detenimiento, y da la impresión de

que no en un sentido unívoco.

Así, mientras que, por ejemplo, DÍAZ FUENTES se inclina por dar una respuesta afirmativa a tal pregunta, insistiendo en la inexistencia de problemática alguna en cuanto a la aplicación de tal modo de adquisición a aquellas situaciones de servidumbre nacidas con anterioridad a la Ley de Derecho civil de Galicia –quizá por estar pensando en situaciones pasadas–, de las que, en su opinión, tampoco cabría hablar de retroactividad, otros autores –probablemente pensando en situaciones de presente–, como REBOLLEDO VARELA, por el contrario, en atención –según señala textualmente– a las notas diferenciales de su constitución, consideran muy dudosa la posibilidad de adquisición por usucapión de las servidumbres, matizando que, en todo caso, habría de ser usucapión de condominio, lo que –añade– no es fácil de admitir, pues habrían de realizarse actos de posesión compartida en concepto de dueño (art. 1491 Cc), que no serían compatibles con el artículo 445 del Código civil.

c) Variación o cambio del trazado originario de la servidumbre (*ius variandi*) y posibilidad o no de su ampliación:

Por lo que se refiere a la presunta alteración del trazado originario por el que discurre la servidumbre, en principio, parece lógico suponer que, por sus propias características y configuración, tanto en el caso de la servidumbre alternativa de agra, como en el de la que hemos denominado común o general, cualquier modificación o alteración de su recorrido originario, requerirá –como a nuestro juicio se recoge acertadamente en el apartado 1.º del artículo 81 de la Propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia– el consentimiento unánime de todos sus cotitulares (nótese que suprimimos conscientemente el término "copropietarios" utilizado en el referido precepto, con la finalidad de poder dar cabida a las dos modalidades o tipos de servidumbre), por el que, en principio, se regiría la toma de decisiones en relación a los actos que afecten a la cosa común.

No obstante lo indicado, también parece razonable introducir una excepción a la regla general anteriormente transcrita –como asimismo se hace en el segundo apartado del citado artículo 81 de la Propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia–, en el sentido de entender que cuando el trazado del paso o camino servidumbre le impidiese al cotitular realizar en el resto de su terreno obras, reparaciones o mejoras importantes, dicho trazado podrá variarse (¿manteniendo, en cualquier caso, su anchura original?) por su cuenta, siempre y cuando aquél ofrezca dentro de su terreno, propio y no afectado al servicio, otro lugar igualmente idóneo, y en tanto en cuanto no cause un perjuicio considerable (grave, importante, apreciable) a los demás cotitulares de la servidumbre.

En cuanto a la posibilidad o no de llevar a cabo la ampliación de la servidumbre, nuevamente habrá que remitirse, en primer lugar y con carácter general –como es lógico, por lo señalado anteriormente–, al consentimiento unánime de todos sus cotitulares.

A tal regla general quizá cupiese establecer una excepción, con las correspondientes garantías, que sería aplicable a la específica figura de la servidumbre alternativa de agra –establecida como se dijo en su momento para cubrir

determinadas necesidades agrícolas– y relativa al caso concreto de la ampliación –en sentido parecido a como se recoge respecto de la servidumbre de paso en el actual artículo 27 de la Ley de Derecho civil de Galicia– por adecuación de los medios de transporte a los avances técnicos, solicitable por cualquiera de los cotitulares de la serventía, con la salvedad de que no se cause perjuicio apreciable en la condición de los terrenos por los que discurre el paso, correspondientes a los demás cotitulares.

Quizá, por sus distintas características –comunidad de dominio materializada en un camino que permanece abierto permanentemente al tráfico de sus titulares, que para constituir el mismo ceden no ya el uso, sino una franja de terreno inicialmente propio– y, en especial, por su no vinculación con carácter general a la agricultura, parece más difícil de admitir que se pueda alegar como posible excepción al requisito de la necesidad de la prestación del consentimiento unánime por parte de todos los cotitulares para proceder a la ampliación de la serventía, la adecuación de los medios de transporte a los avances técnicos, en el caso de la que hemos denominado como serventía común o general.

d) Transmisión de la serventía:

Es evidente que, a consecuencia de la predialidad e inherencia a los fundos sobre los que recaen, las serventías, en sus dos diversas modalidades o tipos –al igual que ocurre en el caso de las servidumbres– no se pueden transmitir independientemente de los respectivos fundos a los que se incorporan. Con otros términos, en caso de transmisión por cualquier título del dominio de alguna de las fincas sobre las que se establece la serventía, también se entenderá automáticamente transmitido su derecho sobre el paso o camino serventío de que se trate.

Una cuestión práctica concreta, que conecta con el siguiente apartado al que haremos referencia a continuación, se podría plantear en el supuesto de que la transmisión lo sea no ya de una o varias fincas a distintos propietarios, sino de todas las fincas a las que pertenece ese paso o camino serventío a un único adquirente: ¿se debería entender extinguida entonces la serventía, o continuaría subsistiendo por voluntad de ese único adquirente?

e) Extinción de la serventía:

Cabría preguntarse –por su relativa proximidad en algunos aspectos con las servidumbres, y al igual que se podría hacer en cuanto a las posibles formas o modos de adquisición– si los diversos modos de extinción reconocidos en el artículo 28 de la Ley de Derecho civil de Galicia para las servidumbres, también son adecuados, es decir válidos, para conseguir la extinción de las serventías.

Para contestar a esta cuestión habrá que atender a las características de cada tipo concreto, que, a nuestro entender, son las que en este caso van a condicionar las respuestas que se proporcionen a la misma.

Entre las señaladas características hacíamos referencia a la indivisibilidad de la institución. Precisamente a consecuencia de la misma, ninguno de los cotitulares de la serventía podrá solicitar su extinción *pro parte*.

Esta prescripción aparece recogida en el artículo 79 de la ya aludida Propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia desde un planteamiento procesal, señalándose al respecto en dicha norma la imposibilidad de que cualquiera de los cotitulares de la serventía pueda ejercitar la acción de división, por supuesto –añadimos por nuestra parte, con intención clarificadora– con la finalidad de solicitar su extinción.

f) Gastos comunes: criterios de toma de decisión en relación con su realización y medida de reparto de los mismos:

Otro de los posibles temas que, en nuestra opinión, debe ser objeto de particular regulación legislativa y que, en principio, puede ofrecer especiales dificultades en cuanto a su determinación, es el relativo al régimen de los gastos comunes.

Si es que, como venimos sosteniendo en esencia hasta aquí, resulta necesario distinguir dos posibles tipos o figuras de serventía, en atención a las características definitorias de los mismos, da la impresión de que el problema de los gastos comunes sólo se va a plantear en la práctica en aquellos casos en los que nos encontremos ante la que hemos calificado como serventía común o general.

Y ello sencillamente porque en el supuesto de la denominada serventía alternativa de agra o de año y vez el gasto que se realice
–por tratarse de una comunidad de uso y no de propiedad sobre un camino materializado físicamente y permanentemente abierto al tránsito, como ocurre con la serventía común o general– supuesta mente tendrá siempre el carácter de privativo, de particular –al efectuarse siempre, en caso de que dicho gasto se realice, sobre una franja de terreno privativa y propia– de cada uno de los distintos propietarios de las fincas integradas en el agra; sobre el lugar que, integrado en cada parcela, se destina por temporadas, según los usos del lugar, para que los demás cotitulares de la serventía ejerciten el paso con la finalidad de obtener una salida a la vía pública.

La tantas veces citada condición de indivisible de la situación de cotitularidad, y no ya de uso como en el otro tipo, sino de dominio o propiedad, en que se concreta la que hemos denominado como serventía común o general, deberá condicionar –con la finalidad de que el sistema establecido se muestre coherente– los criterios que se establezcan en torno al posible régimen jurídico relativo a los gastos efectuados por los cotitulares del camino serventío.

Indudablemente, en el caso de que esos cotitulares hayan establecido –lo cual parece lo más recomendable– a través de los acuerdos o pactos correspondientes los criterios a seguir en cuanto a la determinación de los gastos que se efectúen sobre el camino serventío, al proceder a su constitución, o de forma unánime en un momento posterior, una vez constituido aquél, habrá que estar a los mismos.

En el supuesto de que no existiesen tales acuerdos o pactos relativos a los gastos, la situación de indivisibilidad de la comunidad de dominio que se establece entre los cotitulares del camino serventío, en nuestra opinión, conllevaría la posibilidad de que cualquiera de esos cotitulares –a consecuencia de la inexistencia de cuotas en las que se pudiese concretar idealmente la parte que individualmente

pudiese corresponder a cada uno de ellos– pueda, por lo que a los gastos se refiere –pensamos en gastos necesarios, incluyendo entre los mismos los de reparación, mantenimiento y conservación en buen estado del bien común, para que pueda servir al destino establecido– tomar la iniciativa, realizando el gasto correspondiente por sí mismo –en su condición de titular del dominio compartido, pero al mismo tiempo, también, unitario e indiviso– sobre la totalidad de la cosa (camino serventío) común.

Tal amplia capacidad de administración, que correspondería como se acaba de indicar en situación de concurrencia solidaria sobre la plenitud del bien común a cada uno de los cotitulares, sin embargo aparecería a su vez limitada por el derecho igual y concurrente de cualquiera de todos los demás cotitulares de la serventía, que, en caso de no encontrarse de acuerdo con la necesidad o utilidad de la obra, y, por consiguiente, del gasto que se fuese a efectuar, podría, en virtud del derecho concurrente que les asiste, vetar su realización, sugiriéndose, no obstante, introducir la prevención de que en tal caso de conflicto, se pudiese solicitar la intervención judicial con la finalidad de apreciar esa supuesta necesidad o utilidad de la obra y del consiguiente gasto, incluso contra la negativa de los demás copropietarios.

La circunstancia señalada por la que nos inclinamos en cuanto a la determinación del régimen de gastos, relativa, como se ha dicho, a la posibilidad de que cualquiera de los cotitulares de la serventía pudiese tomar la iniciativa en la mencionada materia, no debe suponer que ese cotitular, en caso de que no existiese discrepancia por parte de los demás, o cuando existiendo se determinase judicialmente la pertinencia de su realización, tenga que correr en exclusiva con ese gasto.

Ciertamente, la inexistencia de cuotas ideales sobre la propiedad compartida e indivisa que se establece por los cotitulares de la serventía común o general cuando se constituye el camino, al presentarse como un elemento caracterizador esencial en la estructura de la institución que nos ocupa, de entrada, puede plantear dificultades si se pretende seguir un razonamiento coherente con la exposición realizada, en el intento de establecer un posible régimen de reparto de gastos entre los cotitulares.

Establecer una situación de comunidad en la que la propiedad compartida se encuentra indivisa y no existen cuotas ideales sobre la misma, y hablar al mismo tiempo de régimen de reparto proporcional o en fracciones o partes de gastos necesarios entre los cotitulares, implica desde un punto de vista rigurosamente dogmático, una evidente contradicción.

No obstante, a nuestro juicio, razones de justicia material permiten, si no salvar dicha evidente contradicción, sí por lo menos, justificar la misma, defendiendo una regulación en la que salvando el interés general comunitario, también se respete el innegable interés particular de los que concurren en esa comunidad.

¿Qué criterio de reparto de gastos, entre los diversos posibles, se podría adoptar?

En nuestra opinión, la parte del gasto que correspondería realizar a cada uno de los cotitulares de la serventía se debería establecer –siempre que, por supuesto, no se hubiese fijado de común acuerdo por los mismos– por porcentajes o partes iguales

para todas y cada una de las distintas parcelas privativas por las que discurre el camino serventío, en su consideración como unidades independientes concretas y singulares, al margen de su titularidad: el reparto del gasto se realizaría por fracciones iguales y repartidas en atención al número de fincas independientes que componen el camino, y no en atención al número de titulares efectivos de esas fincas.

Si no el más justo, dada la infinita variedad de casos que se pueden plantear en la realidad práctica, por lo menos, a nosotros nos parece el criterio menos complicado.

Lo hasta aquí señalado en el presente apartado se encontraría referido, como ya se ha indicado, a los denominados gastos necesarios.

En caso de obras de mejora o de carácter suntuario, salvo acuerdo entre los cotitulares, entendemos que se debería exigir, en principio y con carácter general, la unanimidad en cuanto a la realización del gasto, utilizando –si es que no se ha dispuesto nada por dichos cotitulares–, cuando el gasto ya se hubiese realizado, el criterio de reparto anteriormente señalado.

Al igual que en el supuesto de los gastos necesarios, también podría cuestionarse la oportunidad de ofrecer al cotitular que estimase útil la realización de la obra de mejora propuesta, la posibilidad de solicitar la intervención judicial, con la finalidad de que el órgano competente aprecie la utilidad de la mejora y, por consiguiente, que autorice el gasto correspondiente, incluso contra la negativa de los demás copropietarios.

g) Defensa procesal de la serventía:

Como se ha dicho acertadamente, nada impide ejercitar la pretensión de que se declare la existencia de la serventía, bien a través de una demanda principal o bien mediante el instrumento procesal de la reconvención, como causa de oposición del demandado ante el ejercicio de una acción negatoria, debiéndose tener en cuenta que, en ambos casos, la pretensión deducida no es de titularidad exclusiva, puesto que la acción ejercitada por el comunero –de acuerdo con la doctrina jurisprudencial más reciente en materia de ejercicio de acciones por los comuneros–, aunque formalmente se ejercite en nombre propio, habrá de entenderse que, aunque no se manifieste, implícitamente, siempre lo será en beneficio de la comunidad.

Por lo demás, atendiendo a la situación de indivisión que se establece en la comunidad de uso y en la comunidad de dominio en que se concretan los tipos de la serventía alternativa de agra y de la serventía común o general, respectivamente, cobra pleno sentido la afirmación anterior.

Nada obsta, por tanto, para entender que cualquier cotitular de la serventía, dentro de los posibles actos de administración realizables, pueda intervenir válidamente ejercitando cuantas acciones procedan en defensa de la cosa común y en interés de la comunidad, afectando en tales casos a todos los demás el resultado del proceso.

Al igual que por sus características definitorias no se puede declarar la

extinción *pro parte* de la serventía, tampoco cabría entender posible un reconocimiento parcial de la misma; tanto el reconocimiento como la extinción de la serventía lo debe ser por entero, es decir, en su totalidad, y no por partes.

Resulta recomendable introducir en la Ley de Derecho civil de Galicia un precepto en el que se recojan las prescripciones procesales anteriormente señaladas, de manera similar a como se hace en el artículo 77 del Proyecto de reforma de la citada Ley, cuya redacción sugerimos corregir en el siguiente sentido:

"Si alguno de los propietarios de los predios colindantes acreditara la propiedad o titularidad exclusiva de la franja de terreno por la que se ejercita el paso y que discurre sobre su terreno, negando el paso o la existencia del camino de servicio por la misma, el que alegue la existencia de la serventía deberá probar su constitución, que podrá ser declarada contra el que se opone al paso, en beneficio de la comunidad, sin necesidad de intervención de los demás cotitulares".

Los diversos aspectos susceptibles de regulación que han sido expuestos ejemplificativamente y que deben ser objeto de discusión, comprenden sólo una parte de la realidad sobre la que en estas líneas se ha pretendido teorizar. Los esquemas y soluciones que se han sugerido y que se puedan sugerir, difícilmente pueden llegar a abarcar la totalidad y complejidad de casos que se puedan llegar a producir en la práctica.

VI. Conclusiones que, en esta materia, son sometidas a la consideración de la sección de derechos reales, con la finalidad de que, si así se estimase oportuno, sean elevadas al pleno del congreso para su consiguiente aprobación:

Consideración general:

Dichas conclusiones han sido elaboradas en atención al desarrollo que, desde la entrada en vigor de la Ley de Derecho civil de Galicia hasta nuestros días, ha venido experimentando la serventía, así como también, tomando en consideración una hipotética proyección futura de la figura.

Las mismas se presentan como una parte de una realidad compleja sobre la que se sugiere seguir investigando por su ya señalada potencialidad y complejidad.

Conclusiones:

PRIMERA.– Necesidad de establecer –quizá recogiéndola legislativamente– una clara distinción entre las dos posibles figuras o tipos de serventía: serventía común o general, y serventía alternativa de agra, o de año y vez, en denominación doctrinal, que se presenta como primitivo tipo específico y autóctono de esta Comunidad.

Con tal finalidad, parece oportuno intentar establecer una definición lo más rigurosa y clara posible, en la que se contengan los caracteres fundamentales de las dos figuras o tipos indicados.

Para ello, y tomando en consideración las aportaciones que, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, se han venido formulando hasta el momento presente, se

proponen las definiciones contenidas en la presente ponencia.

SEGUNDA.– Necesidad de establecer, en conexión con lo indicado anteriormente, dos distintos tipos de presunciones: una para la servidumbre común o general; y otra para la servidumbre alternativa de agra.

Tal propuesta encuentra su justificación en las diversas características que, como ya se ha indicado, concurren en ambos tipos separándolos.

Su redacción se sugiere en los términos transcritos en el apartado correspondiente de la ponencia presentada, atendiendo a las definiciones que para ambas figuras se han formulado.

TERCERA.– Sugerir al legislador gallego, en el supuesto de que el mismo procediese a efectuar una revisión y reforma de la vigente Ley de Derecho civil de Galicia, la toma en consideración de determinados aspectos que incidirían sobre la regulación jurídica sustantiva y procesal de la institución de la servidumbre en sus dos variantes (servidumbre común o general, y servidumbre alternativa de agra), por carecerse de una normativa al efecto.

Entre dichos aspectos, a título ejemplificativo, se pueden señalar los siguientes posibles:

- Relaciones jurídicas de uso y aprovechamiento de las servidumbres por sus cotitulares.
- Formas de constitución y extinción de ambas figuras o tipos de servidumbres.
- Posibilidad de variación o cambio del trazado originario de la servidumbre (*ius variandi*).
- Régimen de gastos: criterios de toma de decisiones en torno a los mismos y medida de reparto.
- Acciones ejercitables en materia de servidumbre.

LA ACCIÓN NEGATORIA DE SERVIDUMBRE EN RELACIÓN CON LA ADQUISICIÓN DE SERVIDUMBRES

Ana Isabel Rodríguez Parada
Registradora de la Propiedad

I. La acción negatoria.– Concepto y naturaleza jurídica:

Acción encuadrada entre las derivadas del derecho de propiedad que consagra el artículo 348 del Código civil, responde a una creación jurisprudencial y ha sido desarrollada por la doctrina científica, que ha perfilado su concepto y caracteres.

ALBADALEJO la define diciendo que "la acción negatoria tiende a que se declare que la cosa no está realmente sometida al derecho que otro ejerce sobre

aquélla y a que se haga cesar tal ejercicio"[26].

PUIG BRUTAU nos dice que es "la que asiste al propietario de una cosa para obtener la declaración de que no está sujeta al derecho que otro, el demandado, se atribuye sobre la misma"[27].

En su obra *La acción negatoria*, MARTÍN BALLESTERO la define como "el cauce adecuado para pedir el cese de la perturbación y la abstención de perturbaciones futuras, en defensa, no sólo de la propiedad, sino también del entorno natural y de la calidad de vida"[28].

En este sentido, siguiendo a las definiciones doctrinales expuestas, podemos definirla como "el mecanismo procesal creado por los juristas romanos no sólo para que el propietario pudiera rechazar o negar la existencia de presuntas servidumbres sobre sus fundos –aunque ésta haya sido su más destacada función– sino para erradicar cualesquiera otras perturbaciones anormales en la utilización de las cosas por parte del demandado"[29].

La jurisprudencia, por su parte, ha definido la acción negatoria en los siguientes términos:

1.– Acción que asiste al propietario para obtener la declaración de que la cosa objeto de su derecho no se encuentra sujeta al derecho que otro se atribuye sobre ella (Audiencia Provincial de La Rioja, sentencia de 19 de mayo de 1997).

2.– Defensa de la propiedad frente a quien, sin título, trata de ejercitar sobre ella un derecho real que, generalmente, suele ser una servidumbre (Audiencia Provincial de Cáceres, sentencia de 21 de julio de 1999).

En definitiva, constituye el medio del propietario de un inmueble para protegerse de las perturbaciones ilegítimas que lesionen su derecho; perturbaciones que pueden ser:

a) Jurídicas: las que se realizan en ejercicio de un supuesto derecho por parte del perturbador.

b) Materiales: las intromisiones que no se fundamentan en un hipotético derecho del perturbador.

Se trata, pues, de una acción encaminada a proteger al propietario de cualquier inmisión que no consista en una privación o despojo de su derecho, de cualquier perturbación que no sea objeto de la acción reivindicatoria, con la que resulta incompatible. Viene a jugar así un papel equivalente al interdicto de retener en el ámbito posesorio.

---

[26] ALBADALEJO, M., "Comentario al artículo 348 del Código civil", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo V, Vol. 1.º (2.ª edición), Ed. Revista de Derecho Privado, p. 253.

[27] PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, Ed. Bosch.

[28] MARTÍN BALLESTERO, L., *La acción negatoria*, Ed. Tecnos, Madrid, 1993.

[29] LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil. Propiedad y Derechos Reales*, 1.ª parte, 1996.

Evidentemente, si lo que caracteriza la acción negatoria es la contradicción o negación del derecho real (aunque, como luego diremos, la perturbación no necesariamente deba consistir en el ejercicio de un supuesto derecho real), existirán tantas acciones negatorias como derechos reales son admitidos en derecho, pudiendo hablar así de:

- Acción negatoria de servidumbre, de la que luego hablaremos más extensamente.
- Acción negatoria del derecho real de uso y habitación[30].
- Acción negatoria del usufructo.

Naturaleza jurídica:

Es una acción judicial de carácter real, con eficacia *erga omnes*, dado el carácter del derecho al que protege, la propiedad –derecho real por antonomasia– muy distinto de un derecho de crédito, que sólo puede hacerse valer frente al vinculado por la obligación.

Dentro de las acciones reales, la doctrina[31] la encuadra en el capítulo de las acciones meramente declarativas y, además, de carácter negativo, pues el titular del derecho real pretende, a través de ella, que se declare que otro carece de un derecho de la misma o análoga naturaleza sobre la misma cosa[32].

Aun cuando son complementarias, se diferencia de la acción reivindicatoria:

a) Por su causa: la acción negatoria se ejercita ante una perturbación parcial; la reivindicatoria supone una perturbación total, la privación de la cosa.

b) Por su objeto: el de la negatoria es la negación de pretendidos derechos sobre la cosa y la declaración de que está libre de gravámenes o restricciones; en la acción reivindicatoria se reconoce el derecho de propiedad y se recupera la cosa por el propietario desposeído.

Se diferencia de los interdictos:

a) Los interdictos tienen un corto plazo de prescripción y limitaciones en cuanto a la prueba.

b) En vía interdictal no cabe la reclamación de daños y perjuicios.

Si bien coinciden en su resultado[33], se diferencian de la acción de responsabilidad extracontractual por que ésta tiene un plazo de prescripción más corto, no permite solicitar exclusivamente el cese de la perturbación y, frente a la acción negatoria que presupone una actuación dañosa persistente en el tiempo, se

---

[30] Vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Teruel de 9 de octubre de 1993.

[31] DÍEZ–PICAZO, L. Y GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, *Derecho de cosas*.

[32] Vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 17 de marzo de 1998.

[33] Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 5 de abril de 1960.

dirige a una concreta actuación dañosa y a unos determinados perjuicios.

Acción que podríamos calificar de "opuesta", por su resultado, es la acción confesoria, que es la que asiste al propietario del predio dominante, frente a cualquier poseedor del predio sirviente y que tiende a conseguir la declaración judicial que proclame la existencia del gravamen y la condena de quien desconozca o pretenda desconocer la servidumbre[34].

II. Régimen jurídico positivo:

Como ya hemos anticipado, en Derecho civil común, la acción negatoria carece de regulación legal.

Teniendo como antecedente el Digesto, 8,5, la acción negatoria ha sido una creación de la doctrina y la jurisprudencia, sin regulación específica en el Código civil, ya que su artículo 348, sólo hace mención a la acción reivindicatoria, aplicable en los casos de desposesión del bien. Pero hay otras perturbaciones que atacan directamente al derecho de propiedad sin suponer desposesión de la cosa a su titular. Frente a esas inmisiones y perturbaciones, el Código civil no contempla acción alguna y por ello, nuestros Tribunales y doctrina científica han perfilado y matizado ese tipo de acciones denominadas negatorias.

En Cataluña, contando como precedente con el artículo 283,6 de la Compilación de 1960, se promulgó la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, inmisiones, servidumbres y relaciones de vecindad, con el fin de dar cobertura legal a una situación abordada por la jurisprudencia y de uso frecuente entre nuestros tribunales. En tal sentido, su Exposición de Motivos prevé textualmente que *"dicha acción permite al propietario hacer cesar todas las perturbaciones ilegítimas de su derecho que no sean objeto de la acción reivindicatoria, y as su vez constituye la base sobre la que se edifica el resto de la ley"*.

Otros cuerpos legales inspirados en el principio que sirve de fundamento a la acción negatoria son, a título de ejemplo, los siguientes:

a) Artículos 138 y siguientes del Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de propiedad intelectual.

b) Artículo 36 de la Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de marcas.

c) Artículo 9 de Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen.

III. Legitimación activa y pasiva:

Histórica y doctrinalmente, esta acción se ha configurado como acción de

[34] Vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 17 de marzo de 1998.

defensa del derecho de propiedad de una persona que, salvo prueba en contrario, se presume libre[35], aunque la propiedad del actor pueda estar limitada por cualquier otro derecho real que no sea el ilegítimamente ejercitado[36].

Este derecho de propiedad protegido puede serlo tanto con relación a bienes muebles como a inmuebles, ya que, aunque normalmente el bien afectado por una perturbación de origen jurídico será un bien inmueble, no pueden excluirse las perturbaciones de hecho –inmisiones– sobre bienes muebles.

Por otro lado, no es necesario que el propietario esté en posesión de la cosa para ejercitar la acción, estando también legitimado el copropietario[37].

Como vemos, el esquema tradicional ha configurado la acción negatoria como una acción privativa del propietario; parte de la doctrina[38] y diversa jurisprudencia[39] entienden que la legitimación activa para su ejercicio podría extenderse, además del copropietario –que puede actuar individualmente–, a titulares de otros derechos reales como el usufructuario, el usuario, el enfiteuta o el superficiario e incluso, para algunos autores[40], al acreedor hipotecario en aquellos casos en que la perturbación permita el ejercicio de la acción prevista en el artículo 117 de la Ley hipotecaria. Es decir, con esta interpretación amplia sólo quedarían excluidos los titulares de derechos personales, como arrendatarios o comodatarios.

En cuanto a la **legitimación pasiva**, corresponde a la persona o personas que producen materialmente, o por cuyo encargo se producen, las perturbaciones en la finca; perturbaciones que, por regla general, consistirán en el ejercicio de una servidumbre, usufructo o cualquier otro derecho real sin tener título para ello, pero que también pueden suponer inmisiones de carácter material que pueden realizarse no sólo por acción, sino también por omisiones o inactividad.

Cuando la perturbación provenga de una finca vecina, la doctrina se pregunta si necesariamente deberá demandarse al propietario de la finca perturbadora o cabe demandar al poseedor como persona que materialmente realiza la intromisión. Aunque autores como EGEA FERNÁNDEZ admiten esta última posibilidad, será recomendable demandar al propietario de la finca si es necesario hacer en ella

---

[35] Vid. sentencias del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1927, 20 de junio de 1986, 23 de diciembre de 1988, 16 de mayo de 1991 y 23 de junio de 1995.

[36] MONTÉS PENADÉS, V. L., "Artículo 348" en *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

[37] Vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 10 de febrero de 1986.

[38] MARTÍN BALLESTERO, L., *La acción negatoria, op. cit. supra*. EGEA FERNÁNDEZ, J., *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, Marcial Pons, Madrid, 1994.

[39] Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1902, en que se legitima al usufructuario, especialmente en los supuestos en que el nudo propietario no puede ejercitar la acción negatoria. Y, en el mismo sentido, sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 10 de febrero de 1986.

[40] LAUROBA LACASA, M.ª E., "El derecho de propiedad", en *Compendio de Derecho Civil Catalán*, coordinado por Ferrán Badosa Coll, capítulo 12, p. 195.

modificaciones u obras como resultado del ejercicio de la acción negatoria[41].

Si son varios los perturbadores, deberá demandarse a todos ellos, respondiendo cada uno de su propia intromisión, salvo que sea materialmente imposible individualizar sus actuaciones.

Como peculiaridades de la legitimación pasiva, extraídas de la jurisprudencia, podemos citar:

a) Si la resolución dictada en ejercicio de la acción negatoria afecta a los elementos comunes de un edificio, deberá demandarse a toda la comunidad de propietarios y a los de los pisos o locales que se aprovechen del derecho real cuya existencia se niega (vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 27 de abril de 1998).

b) Si el supuesto predio dominante se halla en situación de condominio, debe demandarse a todos los titulares (vid. sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 19 de mayo de 1997).

c) Si la titularidad del bien inmueble perturbador es ganancial, debe demandarse a ambos cónyuges (vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 14 de febrero de 1997).

IV. Requisitos para su ejercicio.– Efectos:

Analizada en el apartado anterior la casuística relativa a la legitimación para el ejercicio de la acción, estudiaremos ahora, como requisitos para el ejercicio de la acción negatoria:

a) La existencia de una perturbación.

b) La producción de un perjuicio.

Por su íntima relación con los dos anteriores requisitos, estudiaremos también el problema de la carga de la prueba.

La Perturbación:

Podemos definir perturbación como cualquier intromisión en el goce pacífico de la cosa. Para que la acción negatoria prospere, deberá reunir los siguientes elementos:

a) Debe tratarse de una perturbación cuyo origen sea un comportamiento, activo o pasivo, de una persona, nunca un hecho natural.

b) No puede consistir, exclusivamente, en una privación o retención de la propiedad, ya que, en este caso, lo procedente sería el ejercicio de la acción reivindicatoria, que resulta incompatible con la estudiada.

---

[41] Vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 22 de septiembre de 1995 y sentencia de la Audiencia Territorial de Zaragoza de 14 de marzo de 1985.

c) Resulta problemática la cuestión de determinar si la calificación de la perturbación ha de ser subjetiva, atendiendo a la apreciación del actor, u objetiva. En este sentido SALVADOR CODERCH, SANTDIUMENGE FARRÉ y MARTÍN BALLESTERO[42] consideran que serán los tribunales los que, en cada caso, valoren y concreten el alcance de las inmisiones denunciadas por el propietario y si cabe configurarlas como tales.

d) Los hechos en que consiste la perturbación no pueden estar basados en la ley[43] o en un negocio jurídico pactado con el propietario[44], ser inocuos o ser hechos puntuales o singulares, exigiendo una cierta continuidad de la perturbación (en este caso, el propietario debería recurrir a la acción de daños del artículo 1.902 del Código civil).

e) Las perturbaciones pueden ser jurídicas o de hecho[45], clasificación que, como advierte EGEA FERNÁNDEZ, debe hacerse en relación, no al tipo de intromisión, sino al perjuicio que ocasiona y así:

1.º Serán jurídicas las infracciones de normas reguladoras de relaciones de vecindad.

2.º Serán materiales o de hecho las perturbaciones que causen un daño directamente sobre la finca y de carácter persistente, diferenciándose, a su vez, en negativas e ideales o morales.

En las primeras, sin suponer una intromisión directa en finca ajena, se produce un perjuicio en la misma como consecuencia del ejercicio del derecho de un tercero.

En las segundas, el daño se produce en la esfera interna del sujeto afectado, debiendo los tribunales valorar la naturaleza de tales injerencias y si pueden ser objeto de la acción negatoria.

El Perjuicio:

a) Para que prospere la acción negatoria debe existir un efectivo perjuicio para el actor, una lesión de sus intereses.

b) Este perjuicio ha de estar íntimamente relacionado con el derecho de propiedad del sujeto afectado.

---

[42] SALVADOR CODERCH, P.; SANTDIUMENGE FARRÉ, J., "La acción negatoria (comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1987)", en *Poder Judicial*, núm. 10.

[43] Así, por ejemplo, las derivadas de relaciones de vecindad o del destino de una finca a fines públicos de interés general.

[44] Piénsese en la constitución voluntaria de un derecho real de servidumbre que legitima la perturbación, en la existencia de un vínculo obligacional entre propietario y perturbador o en situaciones de tolerancia o complacencia.

[45] Vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 23 de junio de 1984 y la sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia de 14 de junio de 1989. En contra, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 19 de mayo de 1997.

c) Puede ser material (patrimonial) o moral[46].

d) Debe ser un perjuicio sustancial, sustancialidad que se apreciará objetivamente.

e) Debe existir un nexo causal o relación efecto causa entre el acto perturbador y el perjuicio ocasionado.

f) Puede ser un perjuicio ya existente o futuro, si bien, en este caso, debe resultar previsible.

Carga de la Prueba:

El demandante debe probar:

a) La existencia de la perturbación sufrida[47] pero no su ilegitimidad, ya que como no cabe exigir la prueba de hechos negativos y el dominio se presume libre[48], no ha de probar la inexistencia del derecho que presuntamente alegue el demandado. No obstante, si la servidumbre realmente había existido y por medio de la acción negatoria se busca la declaración de la extinción de tal derecho, el actor debe probar el hecho que determinó tal extinción.

b) El demandante ha de probar, también, su titularidad o derecho sobre la cosa[49]. Inicialmente, la jurisprudencia exigía la presentación de algún título idóneo para, con posterioridad, considerar suficiente cualquier medio probatorio admitido en Derecho, tal como las certificaciones registrales, los recibos catastrales, el pago de impuestos, entre otros[50]. Todo ello sin perjuicio de exigir certificación literal del Registro de la Propiedad cuando se trate de juicios verbales en que se pretenda la efectividad de derechos reales inscritos frente a quienes, sin título inscrito, se opongan a ellos o perturben su ejercicio (art. 250,17 Lec y art. 41 Lh).

c) Si se pretenden reclamar daños y perjuicios, deberá probar su existencia y la relación de causalidad entre los actos denunciados y los referidos daños; debiendo, además, cuantificarlos o, al menos, establecer las bases que permitan su liquidación (art. 217 Lec).

El demandado deberá probar:

a) Dada la presunción legal de libertad del dominio, el demandado deberá

---

[46] Vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 15 de septiembre de 2000.

[47] Vid. sentencias de las Audiencias Provinciales de La Rioja de 19 mayo 1997, de Ávila de 16 junio de 1998 y de Murcia de 6 de febrero de 1999.

[48] Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1992 y sentencias de las Audiencias Provinciales de Cuenca de 16 de diciembre de 1986, de La Rioja de 19 de mayo de 1997, de Ávila de 16 de junio de 1998 y de Murcia de 6 de febrero de 1999.

[49] Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 15 de noviembre de 1910. En tal sentido, tanto para acreditar su derecho sobre la cosa, como para probar la inexistencia de cargas, estará amparado por el principio de legitimación registral (sentencia de 28 de octubre de 1964).

[50] Vid. sentencias del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1977 y 6 de julio de 1982.

demostrar:

1.º Si la acción negatoria se basa en una perturbación jurídica, la existencia del gravamen y la licitud de la inmisión[51], por los medios que el ordenamiento jurídico ofrece:

– si se trata de una servidumbre continua y aparente, que ha adquirido por título o prescripción de veinte años (art. 537 Cc);

– si es una servidumbre continua no aparente o discontinua, su adquisición por título (art. 539 Cc), la escritura de reconocimiento otorgada por el titular del predio sirviente o una sentencia firme reconociendo el gravamen.

2.º Si la acción negatoria se fundamenta en una intromisión material, debe acreditar alguno de los elementos que permiten declarar que el actor debe tolerar la inmisión o que su pretensión se reduce a una indemnización de daños y perjuicios. Así sucederá cuando:

– La inmisión sea inocua o no cause perjuicios sustanciales.

– La inmisión deba tolerarse pese a producir perjuicios sustanciales por ser consecuencia del uso normal según la costumbre del lugar y suponer su cesación un gasto económicamente desproporcionado.

– La inmisión proviene de instalaciones autorizadas administrativamente, siempre y cuando el perturbador no actúe con dolo o culpa, buscando provocar un perjuicio en la finca vecina[52].

Efectos:

Por lo que respecta a sus efectos, la finalidad de la acción negatoria es que se declare el pleno ejercicio del derecho de propiedad. De este modo, si prospera, sus efectos jurídicos serán los siguientes:

a) Declaración de la propiedad como libre, si la perturbación es jurídica. Si el tercero indebidamente ostenta un derecho real del que no es titular, la sentencia declarará la inexistencia del gravamen sobre nuestra propiedad[53].

b) Cesación de la perturbación o inmisión indebida, sea ésta material o jurídica, y que puede realizarse de muy diversas maneras, correspondiendo al causante de la perturbación la elección, a su conveniencia, de la forma de proceder al mismo. El demandado vencido en el juicio declarativo de acción negatoria debe soportar los gastos que comporte el cese de la perturbación, o resarcir al actor si éste hubiese asumido anticipadamente su satisfacción.

---

[51] Como señala el Tribunal Supremo, el ejercicio de la acción negatoria traslada al demandado la obligación de probar como excepción del principio general de incumbir la prueba al actor (sentencia de 31 marzo de 1902). En este mismo sentido, sentencia de 13 de octubre de 1927.

[52] Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1963.

[53] Vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 21de julio de 1999.

c) Abstención, mediante la declaración de que en el futuro el tercero perturbador se abstenga de llevar a cabo actuaciones del mismo género. Ello se logra con la adopción de medidas precautorias que eviten la reaparición de dichas perturbaciones o inmisiones futuras y previsibles.

d) En su caso, responsabilidad civil por el hecho ilícito, con la consiguiente obligación de indemnizar los perjuicios causados[54]. Sin embargo, esta reclamación no es, en modo alguno, consustancial al ejercicio de toda acción negatoria.

V. La prescripción de la acción negatoria:

Al ser la acción negatoria el resultado de la creación jurisprudencial y doctrinal, no existe en Derecho común una regulación específica del ejercicio de esta acción y, por ende, una norma concreta relativa a su prescripción.

Dado que no se encuentra entre las acciones imprescriptibles establecidas por el artículo 1.965 del Código civil, habrá que concluir que, en Derecho común, la acción negatoria queda sujeta a la prescripción establecida en general por el artículo 1.961 del mismo Cuerpo legal. Y ya que no encaja en los supuestos de plazos especiales de prescripción que recogen los artículos 1.964 y 1.966 a 1.968, le serán de aplicación los plazos generales de prescripción de las acciones reales. Es decir:

a) Si recae sobre un bien mueble, seis años (art. 1.962).

b) Si recae sobre un bien inmueble, que es lo general, treinta años (art. 1.966)[55].

Esta teoría, sostenida por la mayoría de la doctrina, no es compartida por MONTÉS PENADÉS[56], que la considera como una acción imprescriptible.

Esta misma opinión es defendida por otros autores sobre la base de considerar que la acción negatoria no es un derecho autónomo, sino una facultad inherente al dominio y, por lo tanto imprescriptible mientras el derecho que le sirve de soporte esté vivo o no susceptible de prescripción separadamente del derecho al que pertenecen. ¿Se olvida, acaso, que el Código civil habla específicamente de "prescripción de derechos y acciones" (artículo 1.932)? ¿Desconoce que, según vamos a exponer, no estamos estableciendo un plazo de prescripción de la acción negatoria –treinta años– distinto del que, incontestablemente –y sin exigencia de ningún otro requisito–, tiene el derecho de propiedad sobre bienes inmuebles (artículo 1.959)?

Sí existe regulación civil fuera del Derecho común, que se encuentra constituida por la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la acción negatoria, servidumbres y relaciones de vecindad aplicable en Cataluña. Según su artículo 5,2, el plazo de prescripción, sin diferenciación entre bienes muebles e inmuebles, es de cinco años,

---

[54] Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 16 febrero 1989.

[55] Vid. sentencia del Tribunal Supremo de 16 de septiembre de 1997.

[56] MONTÉS PENADÉS, V. L., "Artículo 348", *op. cit. supra*.

desde que el propietario tenga conocimiento de la perturbación ilegítima[57]. Con ello esta Ley introduce una reducción más que considerable al término de prescripción general que recogía el artículo 344 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña, que puede responder a la consideración de la prescripción extintiva como sanción a las conductas de abandono, negligencia o indiferencia en el ejercicio de los propios derechos, en aplicación del principio de seguridad jurídica sobre situaciones de estricta justicia, en la línea fijada por la Audiencia Provincial de Lleida, en sentencia de 30 de septiembre de 1999[58].

Este plazo puede ser adecuado cuando la acción negatoria se hace valer frente a una inmisión, pero, tratándose de perturbaciones jurídicas, esto es, servidumbres, se produce una disfunción entre este plazo de cinco años y el de treinta años que se exigen para la constitución de la servidumbre por usucapión (art. 11 de la Ley 13/1990), y el de treinta años también exigido para la acción confesoria (art. 5,3 de la Ley 13/1990).

Como posible solución se vislumbra la de diferenciar entre:

a) la pretensión resarcitoria, ejercitable durante los cinco primeros años, y

b) la pretensión cesatoria, ejercitable mientras persista la perturbación, quizá con el límite del transcurso del tiempo necesario para adquirir por usucapión el derecho a realizar dicha perturbación.

El profesor EGEA FERNÁNDEZ[59], sobre la base de reiterada jurisprudencia[60] viene entendiendo que cuando la Ley habla de *"a partir de que el propietario tenga conocimiento de la perturbación ilegítima"*, no quiere decir con ello que pasados cinco años, pero vigente la perturbación, haya prescrito la acción, sino que su ejercicio perdurará por todo el tiempo que dure la intromisión. Si la Ley habla de cinco años cabe interpretar que lo hace con relación a la reclamación de daños y perjuicios, que sí prescriben por el transcurso de dicho plazo, aunque la perturbación continúe.

Por el contrario, la Audiencia Provincial de Girona, en sentencia de 21 de noviembre de 2000, rechaza tal teoría, considerando que entender que mientras persista la perturbación no comienza a contar el plazo prescriptivo contradice el artículo 2,5 de la Ley 13/1990.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 9 de marzo de 2000, en la misma línea que su anterior sentencia de 5 de mayo de 1998, se plantea el problema de hacer compatibles el término de prescripción extintiva de la acción

---

[57] Vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 18 de mayo de 1999.

[58] VILLAGRASA ALCAIDE, C., *Prescripción extintiva de l'acció negatoria i adquisitiva de la servitud de ilums i vistes*.

[59] EGEA FERNÁNDEZ, J., *Acción negatoria, inmisiones y defensa de la propiedad*, *op. cit. supra*.

[60] Vid sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1980, 19 de septiembre de 1986, 3 de mayo de 1990 y 24 de junio de 1994 y sentencia de la Audiencia Provincial de Lleida de 15 de septiembre de 2000.

negatoria con el de la prescripción adquisitiva del dominio, señalando que los preceptos que regulan los términos de ambas acciones tienen un sentido muy distinto, ya que una cosa es ejercitar la acción negatoria y otra muy distinta adquirir la servidumbre por prescripción, de tal forma que si el propietario ejercita la acción negatoria fuera del término, se denegará su pretensión pero el perturbador no tiene derecho a la supuesta servidumbre por no haber trascurrido los treinta años para su adquisición, de tal manera que el propietario perturbado puede neutralizar la posibilidad de adquirir el derecho por el transcurso del tiempo.

Por otra parte, no debemos perder de vista el proyecto de ley de regulación del derecho de superficie, de servidumbres y de adquisición, presentado en la Mesa del Parlamento de Cataluña con fecha 17 de abril de 2001 (BOPC, número 175, de 23 abril 2001) que renueva la regulación de las servidumbres contenida en la Ley 13/1990, cuyas artículos 4 a 25 quedan derogados, introduciendo un cambio radical en el Derecho civil catalán, toda vez que modifica el artículo 342 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña, que pasa a decir: "La usucapión del dominio y otros derechos reales sobre bienes inmuebles, excepto de las servidumbres, que no son usucapibles, se adquieren por la posesión en concepto de dueño por el tiempo de treinta años, sin necesidad de título ni de buena fe. Esta disposición será aplicable al dominio y todos los derechos reales sobre bienes muebles, pero el tiempo será de seis años" (redacción dada por la disposición final primera del proyecto).

VI. Ejercicio procesal de la acción negatoria:

Tras la entrada en vigor de la Ley 1/2000, de enjuiciamiento civil, la acción negatoria puede ser ejercitada mediante dos procedimientos: A) Juicio verbal; B) Juicio declarativo correspondiente según cuantía.

A) Juicio verbal:

Establece el artículo 250,1 de la Ley de enjuiciamiento civil que *"se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: [...] 7. Las que, instadas por los titulares de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad, demanden la efectividad de esos derechos frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación".*

Entre dichas demandas deben entenderse incluidas aquéllas por las que, en tales circunstancias, se ejercite, entre otras, la acción negatoria[61].

En este mismo sentido el artículo 41 de la Ley hipotecaria establece que *"las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse a través del juicio verbal regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra quienes, sin título inscrito, se opongan a aquel derecho o perturben su ejercicio...".*

En definitiva, se trata de facilitar el ejercicio de las acciones reales derivadas

---

[61] FERRÁNDIZ GABRIEL, J. R., Colaboración en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, Iurgium.

de los derechos inscritos como lógica derivación del principio de legitimación registral[62]. Y ello porque la posibilidad de acudir al juicio verbal y gozar de sus ventajas es uno de los efectos derivados de la inscripción registral[63].

Se deduce cuáles son los requisitos para poder acudir al juicio verbal como cauce idóneo para el ejercicio de la acción negatoria:

a) La acción negatoria debe ser ejercitada por persona que reúna la condición de titular de un derecho real, en nuestro caso, la propiedad.

b) Dicho derecho real debe estar inscrito en el Registro de la Propiedad.

c) El titular del derecho real debe demandar su efectividad.

d) La acción debe dirigirse contra quienes se opongan al mencionado derecho real o perturben su ejercicio sin título inscrito que les legitime para ello.

Se plantea el problema de si el recurso al juicio verbal es una opción de la que dispone el autor, sin perjuicio de acudir al juicio ordinario, dado el empleo de la palabra "podrá":

a) A favor de ello, el fundamento que inspiró el artículo 41 de la Ley hipotecaria, que el titular registral pueda, no deba, beneficiarse de un procedimiento singular y privilegiado, habida cuenta de la presunción de existencia de su derecho inscrito (art. 38 Lh).

b) En contra, es decir, a favor de la preceptiva aplicación del juicio verbal, la imperatividad de los artículos 248,2 y 250,1,7 de la Ley de enjuiciamiento civil.

B) Juicio declarativo correspondiente según cuantía:

Procede si no se dan todas y cada una de las circunstancias examinadas en el apartado anterior.

La clase de juicio se determina según la cuantía de la demanda:

a) Juicio declarativo ordinario, cuando la cuantía excede de 3.000 euros o es incalculable.
b) Juicio verbal, en otro caso.

La jurisprudencia dictada al amparo de la antigua Ley de enjuiciamiento civil consideraba que, por ejercitar una acción negatoria de servidumbre, no podíamos entender que el procedimiento era de cuantía inestimable, debiendo acudir al

---

[62] MARTÍNEZ SANTIAGO, J. M., *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Lex Nova, Madrid, 2000.

[63] CURIEL LORENTE, F., colaboración en la obra *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Dykinson, 2000.

derogado artículo 489,4 de la Ley de enjuiciamiento civil –hoy, art. 251,5 Lec[64]–.

Ello era así por la ausencia de normas concretas como las contenidas en las reglas 2.ª y 3.ª del artículo 251 de la Ley de enjuiciamiento civil, de tal manera que *se estará al valor de los mismos al tiempo de interponerse la demanda, conforme a los precios corrientes en el mercado o en la contratación de bienes de la misma clase. Para este cálculo podrá servirse el actor de cualesquiera valoraciones oficiales de los bienes litigiosos, si no es posible determinar el valor por otros medios, sin que se pueda atribuir a los inmuebles un valor inferior al que conste en el catastro".*

En definitiva, la remisión al artículo 251,2 se hace sin distinción del derecho real que se niegue, aunque sea una servidumbre ya que, de lo contrario, se aplicarían reglas de una servidumbre constituida cuando, ejercitada a través de la acción negatoria, la intención es negar su existencia.

De acuerdo con reiterada jurisprudencia[65], serán competentes para conocer del ejercicio de la acción negatoria los tribunales civiles, aun cuando la actividad perturbadora nazca de un acto administrativo o amparado por las correspondientes licencias.

La competencia territorial se determinará diferenciando:

a) Si el objeto de la acción negatoria es un bien inmueble, el artículo 521 de la Ley de enjuiciamiento civil establece que será competente el tribunal del lugar donde esté sita la cosa litigiosa y, si fueran varias o una sola situada en diferentes circunscripciones, lo será el de cualquiera de ellas a elección del demandante.

b) En los demás casos, faltando regla especial, será de aplicación el fuero general de las personas físicas (art. 50 Lec) o de las jurídicas o entes sin personalidad (art. 51 Lec), determinado por su domicilio.

VII. La acción negatoria en materia de servidumbres:

Analizado el concepto general de la acción negatoria veremos su aplicación concreta cuando la perturbación consiste en el ejercicio de un pretendido derecho de servidumbre. Se trata de una acción real que compete al propietario de un inmueble libre para que se declare como tal, frente a la pretensión de otra persona o personas de disfrutar de una servidumbre sobre dicho predio, y se condene al perturbador a la indemnización de los daños y perjuicios causados, con apercibimiento de que en lo sucesivo se abstenga de perturbar el derecho del dueño con el uso de servidumbres que no existen[66], siendo su finalidad obtener una sentencia declarativa de la

[64] Vid. sentencias del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1986 y 20 de enero de 1992.

[65] Vid. sentencias del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1992, 23 de diciembre de 1952, 16 de enero de 1989, 24 de marzo de 1993, 26 de marzo de 1990, 3 de octubre de 1994, *a sensu contrario*, y 24 de diciembre de 1991. Igualmente las sentencias de la Audiencia Provincial de Jaén de fecha 22 de septiembre de 1995.

[66] Vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Soria de 17 de marzo de 1998.

inexistencia de la servidumbre[67].

El actor debe probar, de acuerdo con lo ya señalado, su propiedad sobre el inmueble perturbado por la servidumbre que se denuncia. El demandado, para oponerse, ha de acreditar la existencia o constitución de la servidumbre que alega y su correcto ejercicio. Así, debe acreditar:

A) Tratándose de Derecho común:

a) Si la servidumbre es continua y aparente, la existencia de un título o la prescripción de veinte años (art. 537 Cc).

b) Si la servidumbre es continua no aparente o discontinua, únicamente puede acreditarse en virtud de título (art. 539) considerando éste como un negocio jurídico bilateral en el que concurren las voluntades de los respectivos titulares de los predios dominante y sirviente[68], aunque no existe inconveniente en que el acuerdo sea verbal[69]. En tales casos la falta de título sólo puede suplirse por escritura de reconocimiento del dueño de predio sirviente o por una sentencia firme (arts. 540 y 541 Cc).

c) Todo ello sin perjuicio de la adquisición por prescripción inmemorial conseguida con anterioridad a la promulgación del Código civil, que sí es posible[70].

B) En Derecho civil catalán, sea cuál sea el tipo de servidumbre, cabe alegar por el demandado la prescripción adquisitiva, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley 13/1990.

C) En Derecho civil vasco, para la servidumbre de paso cabe alegar el título o la prescripción de veinte años (art. 128 de la Ley 3/1992, de 3 de julio).

D) En Derecho civil aragonés:

a) Tratándose de una servidumbre aparente, podrá alegarse la adquisición por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe (art. 147 de la Ley 15/1967 de 8 de abril, actualizada por la Ley 3/1985, de 21 de mayo).

b) Si se trata de una servidumbre no aparente, habrá que alegar, o la adquisición por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título, o la posesión inmemorial, pacífica y no interrumpida, sin otro requisito (art. 148 de la citada Ley).

E) En Derecho civil navarro: deberá alegarse la adquisición por prescripción ordinaria o extraordinaria de bienes inmuebles en los términos establecidos por la ley

---

[67] Vid. sentencia de la Audiencia Provincial de La Rioja de 19 de mayo de 1997.

[68] Vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de diciembre de 1990.

[69] Vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres de 21 de julio de 1999.

[70] Vid. sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 18 de enero de 1999.

397 de su Compilación de Derecho civil (Ley 1/1973, de 1 de marzo).

F) En Derecho civil gallego, el demandado debe acreditar como título adquisitivo:

a) Una disposición legal.

b) La dedicación del titular del predio sirviente.

c) La existencia de un negocio jurídico bilateral, cualquiera que sea su forma.

d) La prescripción adquisitiva que se produce por el plazo de veinte años, contados desde el momento en que la servidumbre hubiera comenzado a ejercitarse (art. 25 LDCG).

Ante la ausencia de regulación legal en Derecho común, citaremos como principales acciones negatorias en materia de servidumbres, de acuerdo con la jurisprudencia:

a) La acción negatoria en materia de servidumbre natural de aguas (vid. sentencias de las Audiencias Provinciales de Soria, de 17 de marzo de 1998; Teruel, de 16 de abril de 1996; Valladolid, de 23 de octubre de 1990; y la del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 1881).

b) La acción negatoria en materia de acueducto (vid. sentencias de las Audiencias Provinciales de Segovia, de 31 de diciembre de 1993; Cantabria, de 17 de septiembre de 1997; Baleares, de 26 de julio de 1994; y Murcia, de 6 de febrero de 1999. Y las sentencias del Supremo de 2 de diciembre de 1992, 15 de diciembre de 1993 y 29 de mayo de 1999).

c) La acción negatoria en materia de servidumbre de paso (vid. sentencias de las Audiencias Provinciales de Baleares, de 18 de enero de 1999; Santa Cruz de Tenerife, de 24 de abril de 1999; Cáceres, de 21 de julio de 1999; Sevilla, de 15 de febrero de 1993; Ávila, de 16 de junio de 1998; y Palencia, de 28 de junio de 1993 y las sentencias del Supremo de 24 de abril de 1989, 26 de marzo de 1990, 30 de julio de 1991, 16 de junio de 1998, 21 de diciembre de 1990, 10 de noviembre de 1990, 23 de julio de 1991 y 5 de marzo de 1993).

d) La acción negatoria de servidumbre de medianería (vid. sentencias de la Audiencia Provincial de Palencia, de 28 de junio de 1993 y del Supremo, de 20 de julio de 1989).

e) La acción negatoria en materia de servidumbre de luces y vistas (vid. sentencias de las Audiencias Provinciales de Toledo, de 26 de diciembre de 1997 y 21 de enero de 1992; A Coruña, de 16 de julio de 1992; Soria, de 10 de abril de 1997; Burgos, de 27 de abril de 1998; Segovia, de 30 de diciembre de 1995; y Girona, de 4 de junio de 1999; y las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1989, 10 de octubre de 1998, 16 de septiembre de 1997, 27 de noviembre de 1997 y 29 de enero de 1993).

f) La acción negatoria de servidumbre de desagüe de edificios (vid. sentencias

de las Audiencias Provinciales de Palencia, de 6 de abril de 1993 y 31 de enero de 1996; Ávila, de 8 de junio de 1996; Soria, de 17 de marzo de 1998; Las Palmas de Gran Canaria, de 31 de marzo de 1998 y Burgos, de 27 de abril de 1998).

g) La acción negatoria de servidumbre del padre de familia (art. 541 Cc) (vid. sentencias del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 1991, 16 de mayo de 1991 y 18 de noviembre de 1992).

VIII. Posibilidad de prescripción de acción negatoria del propietario frente a servidumbres de paso adquiridas con arreglo a la Ley de Derecho civil de Galicia:

Examinado hasta ahora el concepto, naturaleza jurídica, requisitos de ejercicio, efectos y prescripción de la acción negatoria en general, su regulación legal contenida en la Ley 13/1990 de Cataluña y su casuística atendido el tipo de servidumbre objeto de contradicción, pasamos ahora a plantearnos las posibles opciones para una regulación legal de la acción negatoria en el Derecho civil de Galicia y, muy especialmente, la admisión de la posibilidad de hacer valer la prescripción extintiva de dicha acción frente al ejercicio prolongado en el tiempo de pretendidas servidumbres de paso, al ser éstas las reguladas por nuestra Ley de Derecho civil de Galicia en sus artículos 25 a 29.

No parece existir inconveniente, máxime si partimos de la laguna legal que existe en el Derecho común, de introducir en la Ley de Derecho civil de Galicia una regulación propia y específica de la acción negatoria, que contenga una definición legal, unos requisitos de ejercicio y que regule, en particular, el problema de su prescripción; y todo ello dentro de la normativa de las servidumbres de paso que establece la Ley gallega.

Quizá de esta forma podría darse solución a la particular problemática que plantean las servidumbres de paso en Galicia[71], donde un buen número de ellas están basadas en el simple uso posesorio, sin que exista ningún otro título probatorio; con ello, cuando son negadas por los titulares de los predios sirvientes –por razones de enemistades entre colindantes o por mero capricho– pierden toda su entidad, quedando privados los titulares de los predios dominantes de cualquier otro medio jurídico de defensa.

Ante la negación de estas servidumbres de paso, dado el silencio de la Ley de Derecho civil de Galicia, las posibles soluciones están contenidas en el Código civil y son:

a) Obtener una escritura de reconocimiento (art. 541 Cc), lo cual, dada la actitud del interesado que la niega, es prácticamente imposible.

b) Lograr una sentencia firme que la supla (art. 540 Cc), también difícil dada la ausencia de titulación del derecho real y la limitación de los medios de prueba.

---

[71] REBOLLEDO VARELA, A. L., "Comentario a los artículos 24 y 25 de la Ley de Derecho civil de Galicia", *op. cit. supra*, p.252.

c) Ir a la constitución de una servidumbre forzosa, con el abono de la consiguiente indemnización (art. 564 Cc), lo que puede parecer injusto y tremendamente oneroso en servidumbres que han venido usándose desde generaciones, sin saber quién o cuándo concedió el paso, aun cuando es indudable que existe una servidumbre, que está ahí y debe respetarse, como tal derecho real y no como acto meramente tolerado.

Una vía para evitar estas "antisociales" e injustas consecuencias, puede ser considerar prescrita la acción negatoria; consideración que puede construirse sobre dos artículos del Código civil vigente:

a) El artículo 1963, que establece que *"las acciones reales sobre bienes inmuebles prescriben a los treinta años"*.

b) El artículo 1969, al señalar que *"el tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse"*.

Consecuentemente cabe entender que, transcurridos treinta años disfrutando de una servidumbre sin que, para oponerse a ella, el titular del predio sirviente ejercite la acción negatoria, ésta ya no será utilizable, pues habrá prescrito.

Llegados a este punto podemos preguntarnos cuál es el margen de maniobra en que se mueve, en esta materia, el legislador gallego: ¿tiene competencia para regular la acción negatoria y su plazo de prescripción, siempre y cuando la regulación se ciña al ámbito de las servidumbres de paso?

Como la institución de la servidumbre de paso se integra plenamente en el contenido tradicional del Derecho gallego, es una materia que, a la luz del artículo 149 de la Constitución española, puede ser objeto de conservación, modificación y desarrollo en nuestra Comunidad Autónoma, dada la asunción de competencias realizada en su Estatuto de Autonomía[72].

No existe obstáculo, por tanto, para una regulación particular de la acción negatoria, y ello, en especial por varias razones: por existir precedentes en otra Comunidad Autónoma, Cataluña; por la íntima vinculación de la acción negatoria con el ejercicio de las servidumbres de paso; y por la ausencia de regulación en Derecho común, lo que obvia cualquier problema de conflicto de competencias con la legislación estatal.

Esa regulación particular puede contribuir a paliar la caótica situación que, en una región tradicional y eminentemente minifundista, necesitada de vías de recíproca intercomunicación, produciría un hipotético ejercicio generalizado de la acción negatoria por parte de los propietarios de los predios sirvientes cuando los titulares de los predios dominantes careciesen de título, como frecuentemente se produce

---

[72] Sobre este tema vid. PENA LÓPEZ, J. M.ª : "O ámbito material do Dereito foral, con particular consideración do ámbito de aplicación do Dereito civil galego" en *Dereito Civil de Galicia. Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de Maio*, Ed. Revista Xurídica Galega, 1992, pp. 76 a 98.

entre la población campesina[73]. Se potenciaría, con ello, el principio de seguridad jurídica, que impone el respeto a la apariencia creada.

Por otro lado, hay que solventar un problema de legitimación procesal planteado en esta materia con peligrosa y excesiva frecuencia: se ejercita la acción negatoria, se reconviene y, automáticamente, se genera un problema litisconsorcial.

En esta línea, y así debe interpretarse la letra b del párrafo tercero del artículo que proponemos en sede de conclusiones cuando hablamos de "disposición legal", parece interesante establecer una excepción a la posibilidad de ejercitar la acción negatoria, o al menos una limitación a su ejercicio, en aquellos supuestos en los cuales, de prosperar dicha acción, el predio dominante, al perder su derecho de paso, se convirtiese en una finca enclavada y, exigida la constitución de servidumbre forzosa, resultare que el paso debe efectuarse por el predio de que es titular el actor de la acción negatoria.

Podríamos hablar de una suerte de inversión de carga de la prueba, debiendo el actor de la acción negatoria demostrar que, si venciere en juicio, la situación descrita no va a producirse.

Ahora bien, presupuesta la conveniencia de la regulación de la acción negatoria de las servidumbres de paso y de su prescripción, podemos preguntarnos si sería conveniente aplicar el término general de treinta años para la prescripción de la acción negatoria (art. 1.963 Cc), o debería establecerse un término más breve, a semejanza del contenido de la Ley 13/1990.

Consideramos que, para evitar disociaciones entre los términos de la acción negatoria, de la confesoria y de la prescripción adquisitiva del derecho de servidumbre de paso, será aconsejable aplicar el término general de treinta años.

Ahora bien, recogiendo los principios que orientan la doctrina dominante sobre la retroactividad o no del artículo 25 de la Ley de Derecho civil de Galicia[74], habrá que buscar una solución alternativa, vía disposición transitoria, que evite un doble e indeseado efecto:

a) Por una parte, entender que, como norma de nueva introducción en una eventual reforma, dicho término comienza a correr desde la entrada en vigor de la Ley que la establezca, lo que frustraría en buena medida la finalidad buscada.

b) Por otra, la absoluta privación de la acción negatoria para todos los propietarios de Galicia sobre cuyos inmuebles vengan ejercitándose, en cualquier condición, derechos de paso, en muchos casos secularmente considerados como inocuos.

---

[73] LORENZO OTERO, A. A., "En torno a la adquisición de la servidumbre de paso por prescripción: Con especial referencia al Derecho Civil de Galicia", en *Revista Xurídica Galega*, núm. 33, IV trimestre 2001, p. 54.

[74] Vid. RODRÍGUEZ MONTERO, R. P.: *Servidumbres y serventías. Estudios sobre su regulación jurídica y desarrollo jurisprudencial en Galicia*, Ed. Netbiblo, A Coruña, 2001, p. 41.

IX. Conclusiones:

A modo de conclusión proponemos la introducción en la Ley de Derecho civil de Galicia de un artículo destinado a regular de forma íntegra la acción negatoria en relación con las servidumbres de paso, que podría quedar redactado en los siguientes términos:

"La acción negatoria tiene por objeto proteger la libertad del dominio de los inmuebles y restablecer la cosa al estado anterior a una perturbación jurídica o material, distinta de la privación o retenimiento indebido de la posesión, y consistente en el paso a través de dichos inmuebles, a exigir la abstención de perturbaciones futuras y previsibles del mismo género y, en su caso, la reclamación de los daños y perjuicios producidos.

El actor, en el ejercicio de esta acción, no está obligado a probar la ilegitimidad de la perturbación; tan sólo su propiedad por cualquier medio admitido en Derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b del párrafo siguiente.

No será procedente esta acción:

a) Si los hechos actuales o futuros que se pretenden evitar y en los que consiste el paso no perjudican el interés del propietario en su fundo.

b) Si por disposición legal o administrativa o negocio jurídico, el propietario ha de soportar la perturbación consistente en el paso.

Esta acción negatoria prescribe a los treinta años contados desde el momento en que comenzó a usarse de la servidumbre de paso, salvo que su ejercicio sea clandestino, con violencia o se trate de un acto meramente tolerado, correspondiente al actor la prueba de tal tolerancia".

ANÁLISIS DE LAS PRESUNCIONES DE SERVENTÍA EN EL BORRADOR A LA REFORMA DE LA LEY DE DERECHO CIVIL DE GALICIA

Francisco Manuel Botana Torrón
Notario

El artículo 78 del borrador establece las siguientes presunciones de serventía, salvo prueba en contrario:

1.º Se os terreos forman ou formaron parte do agro, agra ou vilar, e se proba o uso continuo:

En el artículo 31 de la Ley de Derecho civil de Galicia, que encuentra su precedente más inmediato en el artículo 29 de la proposición de Ley sobre el Derecho civil de Galicia, que, a su vez, transcribe literalmente el artículo 28 del Trabajo sobre la Compilación de Derecho civil gallego, elevado al Parlamento de Galicia por el Consello da Cultura Galega, se prescribe que *"se presume serventía o servicio si las fincas forman o han formado parte del agro, agra o vilar, y si se*

prueba el uso continuo".

Aun cuando en el citado artículo 31 de la Ley no se establezca una diferenciación a los efectos de la presunción de serventía o servicio entre las "leiras" que forman parte del "agro", "agra" o "vilar", y las que formaron parte de ellos, entendemos que resulta de todo punto necesario establecer dicha distinción, puesto que las consecuencias en uno y otro caso, a nuestro juicio, serían distintas.

En el supuesto de que las "leiras" o terrenos de labranza formen parte del "agro", "agra", o "vilar", precisamente por las características de este tipo de extensiones de terreno, así como por la comparación de sus notas definitorias con los requisitos que se establecen en el artículo 30 de la Ley 4/1995 para que exista serventía o servicio, entendemos que el paso ejercitado a través del "agra" por los titulares de las "leiras" que la integran, más que presumirse serventía o servicio como se dispone en el artículo, tendrá la consideración de serventía o servicio, en este caso, específicamente de "serventía de agra" a la que se ha referido la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia con anterioridad a la entrada en vigor de la actual Ley de Derecho civil de Galicia, en concreto en sentencia dictada con fecha 22 de julio de 1994, de la que fue ponente el Ilmo. Sr. SANDE GARCÍA, que calificaba a la serventía (o camino) de agra como norma consuetudinaria notoria.

Con independencia de que el legislador gallego podría haber condicionado la existencia o consideración de la citada "serventía de agra" a la prueba del uso local, puesto que existen zonas en la Comunidad gallega en las que la misma habría desaparecido y por ello no tendría sentido alguno mantenerla, estimamos que tampoco resulta muy comprensible, en el supuesto de que las "leiras" formen parte del "agro", "agra" o "vilar", el requisito establecido al final del artículo 31 relativo a la necesidad de prueba del uso continuo, y ello, entre otros motivos, por la propia naturaleza del camino o caminos por los que se ejercita el paso en esta forma específica de serventía de agra, sobre los que, por definición y por ser consustanciales al "agro", al no constar el dominio o identidad individualizada de cada uno de los que ejercitan el paso, se establecería una suerte de copropiedad.

Por lo que se refiere al otro supuesto recogido en el artículo 31 de la Ley, es decir, que las "leiras" hubiesen formado parte del "agro", entendemos que la presunción de serventía, tal y como se formula parece aceptable, con una matización respecto al "uso continuo" que se contiene como requisito en la norma. En tal caso, resultaría necesario probar, más que la continuidad en el ejercicio dinámico del derecho (en concreto, la continuidad del paso, que de hecho puede presentarse y se presenta a intervalos, sin ser incesante), la normalidad o regularidad en el aprovechamiento o disfrute de la utilidad que reporta dicho servicio.

2.º Cando o paso ou camiño foi establecido na partición de herdanza ou división de cousa común como servicio para todas ou algún dos terreos resultantes:

Parece evidente por el propio tenor literal del precepto que deben quedar al margen dos supuestos, el primero de ellos acto unilateral a través de un testamento particional –servidumbre de destino o de pater familias–, el segundo de ellos negocio

plurilateral a través de una partición de herencia o extinción de condominio convencional –servidumbre voluntaria de paso–, que no estarían comprendidos en la anterior redacción, por ser voluntad de quien pretende su constitución la existencia de una servidumbre voluntaria de paso, o al menos el germen de una servidumbre voluntaria de paso si su origen es unilateral, y no de una serventía, lo que vendría dado por la existencia de un gravamen que recae sobre el denominado predio sirviente en beneficio de uno o varios predios dominantes.

Especial interés presenta el supuesto del testamento particional, y ello tanto por los problemas de interpretación que plantea la "voluntas testatoris", como por la frecuencia con que se recurre a esta figura en la práctica notarial gallega bien a través de los testamentos que recogían, sin más, disposiciones de carácter particional bien a través de aquellos testamentos que se remitían a un cuaderno particional formalizado normalmente ante un perito o ingeniero agrónomo y posteriormente protocolizado en un acta notarial lo que se venía realizando al amparo en ambos casos de lo dispuesto en el artículo 1.056 del Código civil, o bien tras la promulgación de Ley de Derecho civil de Galicia a través, además, del testamento mancomunado en cuanto permite la solución de determinados problemas de legítima mediante la partija conjunta hecha por ambos cónyuges al amparo de lo dispuesto en el artículo 158 de la citada Ley. Y, se debe tener en cuenta que la interpretación del contenido de dichas disposiciones particionales no debe ser la misma según provenga del propio testador, que actúa guiado por sentido común y practicidad, que la de un experto en la materia como puede ser un ingeniero agrónomo. En el segundo caso no suele haber dudas de lo que se ha pretendido constituir lo que, sin embargo, no sucede siempre en el primero de los casos a pesar de la labor de asesoramiento por parte del notario que, por otra parte, no conoce los terrenos que se están adjudicando ni su situación sobre plano, y, es en este segundo supuesto, cuando es el testador quien ha manifestado su voluntad sin otro asesoramiento que el del notario, cuando debe tener una mayor aplicación práctica la presunción que aquí se está asentando.

Retomando la cuestión inicialmente apuntada, la distinción entre una y otra figura, no debería venir dada por el léxico empleado, por cuanto en la mayor parte de las ocasiones el particular no sabe distinguir entre los términos serventía, servicio o servidumbre, por más que pueda tener clara su distinción en la práctica; incluso personas conocedoras de estas cuestiones, dígase peritos, dígase topógrafos o incluso ingenieros agrónomos, no conocen por lo menos hasta la fecha, –y les hablo desde mi percepción personal en la práctica notarial en Cambados–, el diferente significado de unos y otros términos, lo cual debe ser muy tenido en cuenta igualmente en relación con el apartado siguiente.

Lo relevante lo constituye el contenido jurídico de la figura o institución que se pretende constituir, con lo que entraríamos de nuevo en el problema de su naturaleza jurídica al que nos remitimos, pero que supondría en suma, como se deduce de lo que a tal respecto se establece en el artículo 76 de la actual propuesta una titularidad común sin asignación de cuotas, con independencia de que se utilice el sustantivo paso, camino, serventía o incluso servidumbre. Podremos estar ante una serventía a pesar de haberse empleado el término servidumbre si resulta clara la voluntad de los que la constituyeron de no atribuir la propiedad sobre el camino o

paso en cuestión a ninguno de los propietarios en particular, y, por el contrario, nos encontraremos ante una auténtica servidumbre de paso, voluntaria eso sí, aunque se haya utilizado el término serventía si resulta clara la atribución de la titularidad del dominio de dicho camino o paso al propietario del fundo colindante o, incluso, a una pluralidad de propietarios, si igualmente son varios los fundos colindantes que serían al mismo tiempo predios sirvientes respecto de la parte del terreno de su propiedad por la que discurre el paso o camino y predios dominantes respecto de la parte por la que no discurre, caso al que cabría añadir que habiendo inicialmente un único propietario de los mismos éstos pasaran después a manos de distintos dueños. Otra cuestión distinta sería que con el paso del tiempo quedara difuminada dicha titularidad atribuible en principio a un único o a varios propietarios, aunque en este último caso según hemos señalado siempre respecto porciones individualizables, pero con ello nos adentraríamos en un problema de igual o mayor envergadura y que es objeto de un tratamiento independiente, el de la prescripción o adquisición por usucapión aún existiendo título contrario.

3º. Se o camiño aparece referido como estrema nos títulos dos terreos que se sirven por él:

Ya se ha venido apuntado la relatividad con la que en principio se deben considerar los términos empleados en los supuestos contemplados en el apartado anterior, por cuanto debería prevalecer el contenido jurídico frente a la nomenclatura utilizada. Sin embargo aquí nos encontramos despojados en principio, y salvo alguna otra referencia que pudiera contener el documento, de otro elemento de valoración, sirviéndonos como única base para dar por sentada la presunción el que, según la expresión antes empleada, el camino aparezca como lindero en el título de los terrenos que se sirven por él, utilizando por tanto, un término tan ambiguo como el de camino, que en uso coloquial, e, incluso en una acepción más técnica, puede comprender tanto los de carácter público como los de carácter privado, debiendo entenderse lógicamente excluido el primer supuesto tal como resulta de la actual redacción del artículo 30 de la Ley de Derecho civil de Galicia o del artículo 76 de la actual propuesta.

Quizá por ello, sería conveniente aumentar los requisitos que debieran exigirse para que la presunción pudiera entrar en juego en este caso. Varias son las posibles vías para reforzar el rigorismo que debe presidir la aplicación de esta presunción:

A) Completar la citada prueba documental con algún tipo de soporte gráfico, entiéndase por tal bien certificación de técnico competente debidamente visada por su colegio profesional, o bien, certificación catastral descriptiva y gráfica de donde resulte la existencia de tal camino, siempre que de una y otra no resulte su carácter público.

B) Exigir una determinada antigüedad en los títulos que sirvan de base a la misma, para evitar la tentación de crear documentación *ad hoc* de una manera tan sencilla como hacer constar la existencia de dicho camino a través de una transmisión a un familiar o de una aportación a sociedad de gananciales. Quizá el plazo a exigir en este caso concreto debería ponerse en conexión con el plazo exigido

para adquirir por prescripción adquisitiva la servidumbre de paso, es decir, veinte años, siempre que el transcurso del citado lapso resulte de documento con fecha fehaciente, ya sea escritura pública, ya sea documento privado cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el artículo 1.228 del Código Civil.

C) E, incluso, formalizar notarialmente los anteriores extremos a través de un acta de notoriedad donde no sólo se constatara su concurrencia, sino que se reforzara con la manifestación de dos testigos del lugar, al modo que se formalizan dichas actas de acuerdo con el artículo 209 del Reglamento notarial. De entender que no deba llegarse al extremo de implicar al notario en la apreciación de tales hechos, lo que pudiera resultar excesivo para una mera presunción, sí que quizá sería conveniente formalizar un acta de meras manifestaciones por dos testigos apercibidos de la responsabilidad en la que incurren caso de que se demostrara su falsedad.

En cualquier caso, tanto lo señalado bajo la letra A) como bajo la letra C) podrían llegarse a considerar por sí solo como suficientes para establecer la citada presunción.

4.º Cando o paso ou camiño é usado polo lindeiros para acceder ós seus terreos situados sen outra saída a camiño público:

Queda de esta manera prácticamente desvirtuada y sin contenido las servidumbres legales de paso existentes, que de una manera automática pasarían a configurarse como serventía en virtud de la presente presunción, sin necesidad siquiera de que transcurra el plazo que sí es necesario en cambio para la adquisición de la servidumbre voluntaria de paso por usucapión. Parece conveniente una mayor conexión entre ambas instituciones, aún siendo consciente de su distinta naturaleza jurídica, es indudable su cercanía, por lo que no sería en absoluto desdeñable la exigencia también en este caso del plazo antes apuntado para que pudiera entrar en juego la citada presunción.

De todas formas, y, dada la redacción de dicho precepto, resultaría que la servidumbre legal de paso nacería herida de muerte en el momento mismo de constituirse, por cuanto en cierto modo, sería el medio de acceder a continuación a una figura distinta como es la serventía, por cuanto dejaría de tratarse de una mera limitación legal a la propiedad, para configurarse como una suerte de cotitularidad sobre el espacio o terreno que se viera afectado. Quedaría limitada su existencia a aquellos supuestos en que permitiese el acceso a un único predio enclavado, dado el plural que se emplea en la redacción del precepto "es usado por los linderos para acceder a sus terrenos" y dada la propia esencia de la naturaleza jurídica de la figura que aquí nos ocupa.

II
COMUNICACIONES

BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA SERVENTÍA Y EL "CAMIÑO DO AGRO"

José Antonio López Graña
Decano del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Lugo

A) La definición del artículo 30 de la Ley de Derecho civil de Galicia, 4/1995, de 24 de mayo, no es exacta; exige demasiado. La serventía es una cosa en sentido jurídico, un objeto artificial, que materialmente está constituida por una franja de terreno, no público, destinada exclusivamente a un paso, configurada como un camino privado, por la mano del hombre. Es, por tanto, independiente de los predios que con ella colindan, aunque parezca que estos se prolongan a uno y a otro lado, por ser del mismo propietario; y pertenece, en comunidad germánica, a las personas que la utilizan, por derivación de sus causantes, que la han creado por concierto indudable de voluntades, casi siempre, para acceder a fincas rústicas, muy pocas veces, para acceso a urbanas, y menos para simple paso personal.

No es esencial que se conozcan o no los nombres y apellidos o direcciones postales de los usuarios, ni de quienes pueden haber aportado el terreno para construirlos. Basta con que estos caminos no sean públicos, y tampoco formen parte de las fincas que los flanquean.

Son muy corrientes en los montes abertales, como vías de acceso a los mismos por parte de los vecinos de los pueblos a los que aquéllos pertenecen, y que las han construido para toda clase de usos o aprovechamientos, en especial, la extracción de maderas, leñas o esquilmos, conducción de los ganados a los pastos y, en tiempos, para el transporte de las cosechas obtenidas con las roturaciones y faenas previas para su obtención. También es frecuente que existan para el servicio de fincas más o menos alejadas de los pueblos, cuyo cultivo o aprovechamiento precedió a la formación de otras fincas más próximas a las casas, que, por ser más modernas, limitan con tales caminos privados y tienen a ellos accesos directos.

Este concepto de la serventía es prácticamente incompatible con el del "camiño do agro", que es un servicio para el cultivo y disfrute del conjunto de fincas destinadas a labradío que componen aquél, sin excluir de tal destino, terreno alguno.

B) El agro o vilar, que posiblemente hace siglos era un "barbeito", está normalmente cercado, como pone de relieve el artículo 21–1 de la Ley de Derecho civil de Galicia; pero el cierre no ha sido hecho individualmente por los propietarios de las fincas que lindan con él, sino conjuntamente por todos los antiguos dueños del terreno que componen la unidad.

Se puede recrear ahora la situación inicial: con el consentimiento de los foristas, los foratarios, cumpliendo su obligación de mejorar y "perfectar" los bienes aforados, deciden formar un agro, concretando sobre la superficie elegida para ello, las participaciones que a cada uno le corresponde en la totalidad de los términos de la aldea, con lo cual se le adjudica una parcela, en sustitución de su primitiva cuota. Al tiempo –ni siquiera importa si antes o después– acuerdan cercar la superficie total, para proteger los sembrados, lo que efectúan juntos, de modo que los vallados o los muros no tienen otra solución de continuidad que el hueco por el cual se va a acceder al interior del cercado, y que se deja en éste, invariablemente, por el punto más próximo al lugar.

Se lleva a cabo, así, una división de cosa común hasta entonces poseída en comunidad romana por todos sus partícipes; y se crea una comunidad germánica sobre el cierre del conjunto de las parcelas resultantes de la partición.

Está claro que la primera de las fincas, situada junto al hueco del muro, tiene que soportar el paso para todas las demás; la segunda, para todas, excepto la primera; la tercera, para todas, menos las dos anteriores, y así sucesivamente hasta la última, que pasa por sobre todas las del agro, sin que para ninguna se pase sobre ella.

Esta situación, creada por un concierto de voluntades, nos lleva a considerar que ese derecho de paso no es un gravamen de las fincas sobre la que se ejercita, sino una simple facultad del dominio de las fincas para las cuales se pasa, porque, ¿qué clases de dominio ostentarían los titulares de estas últimas si se les hubiesen adjudicado sin la posibilidad de acceder a ellas? La propiedad y el derecho de acceso se integran hasta formar un único derecho.

Paralelamente, para los titulares de las fincas por sobre las que se ejercita el paso, éste constituye una limitación de sus facultades de goce, también inherente a la originaria adjudicación. No es un gravamen impuesto independientemente.

C) Consiguiente al pragmatismo con que los antiguos foratarios liquidaron una comunidad romana y, al tiempo, crearon otra, germánica, y efectuaron unas adjudicaciones dominicales con facultades de paso, que no constituyen auténticas servidumbres prediales, sino unas limitaciones en el disfrute de las fincas por las que se pasa, instituyeron una norma, conservada hasta nuestros días, que armonizó perfectamente la posesión de unos y otros predios, e hizo levísimo lo que podía aparentar importante gravamen.

Se trata de la cosecha a la misma mano.

En Lugo, llegado el otoño, todo el agro o vilar se sembraba de cereales, que se recogían en el verano para dejar sitio a la siembra de nabos. A la recogida de éstos, antiguamente, las tierras quedaban "descansando" o "a barbecho" hasta el otoño siguiente. Pero, desde el siglo XVII, a los nabos siguió la siembra de las patatas o del maíz, que se recogía para dar paso a la nueva cosecha de trigo o centeno. Este ciclo de dos años naturales es el año agrícola.

El paso, con carros y yunta, se limitaba a las labores de siembra y recolección, y se efectuaba con las cosechas levantadas, para lo cual los frutos eran

recogidos, primero, por los dueños de las fincas más próximas a la entrada del agro, de modo que los de las demás pudiesen pasar con los suyos, sin dañárselos; y, por el contrario, los abonados y las siembras comenzaban por las fincas más alejadas, sembrándose las últimas las más próximas al acceso al agro, con lo que se conseguía el mismo efecto.

Esto llevaba consigo una flexible materialización del paso, pues al estar las tierras sin fruto, incluso era preferible que los carros y yuntas pasaran por distintos itinerarios cada vez, a que lo hiciesen siempre por el mismo lugar, pues en este caso el suelo se endurecía y perdía fertilidad, y en aquél, no.

De todas formas, el "camiño do agro" tenía un trazado único, que debía de seguirse por todos los titulares hasta llegar a sus propias fincas, en donde derivaban hacia uno u otro lado, según convenía.

Por tanto, el paso desde el acceso único al "agro" hasta cada una de sus fincas, y por sobre todas las precedentes, no necesita más prueba que la del dominio de la finca misma, porque se ha adquirido con ésta y está integrado en las facultades dominicales.

Pero no es una serventía –como se presume en el artículo 31– porque no tiene independencia física, sino que se efectúa por sobre fincas de propiedad particular, y tampoco es una auténtica servidumbre por estar integrado, activa y pasivamente, en el dominio de los predios a que afecta en una u otra forma, desde su creación.

D) En la actualidad, muchos de los antiguos "agros" han dejado de serlo, porque muchas o todas las fincas que los integran han sido convertidas en pastizales; aunque siguen cercados.

Ahora no hay años agrícolas. La hierba se produce sin interrupción; y las labores de abonado, siega y/o pastoreo y recolección se suceden en ciclos muchos más cortos que los antiguos. El paso se hace más necesario aún que antes, pero con carácter permanente y, en ocasiones, resulta extraordinariamente gravoso.

Para solucionar este problema no sirven los viejos "usos" de los tiempos de los cultivos agrarios, a que aluden los artículos 22 y 23. Hay que llevar a cabo una reorganización que, a falta de concentración parcelaria, habrá de hacerse de nuevo, no acudiendo a los emplazamientos tradicionales del "camiño do agro" –y menos al discrecional de las "cosechas levantadas"–, pues se gravaría extraordinariamente a los predios que sufriesen el paso.

Habrá que hacerlo atendiendo a la situación de las fincas y a la interdependencia que la misma origina, tomando como base que, desde el acceso común del agro, el paso debe efectuarse "hacia" hasta la finca que lo necesita, determinando el "por donde" ha de hacerse, respetando los criterios tradicionales del menor daño y mayor utilidad que los creadores del conjunto utilizaron con tanto acierto. Por ejemplo, junto a los muros, por los extremos de los predios, de modo que una rueda circule por una finca, y la otra por la colindante (en una adaptación del sistema de "a medio xugo"), etc., etc.

EL RETRACTO DE GRACIOSA

José Manuel Silvosa Tallón
Secretario judicial del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Arzúa

SUMARIO: 1.– La institución en el Derecho histórico.– Introducción.– Derecho práctico y estilos de la Real Audiencia de Galicia.– Figuras próximas en el Derecho histórico español.– Causas de desaparición de la institución en la práctica jurídica.– El retracto de graciosa en el siglo XX. 2.– Concepto. 3.– Naturaleza jurídica. 4.– Requisitos para el ejercicio: Legitimación activa. Bienes retraíbles. Plazo. 5.– Problemas de constitucionalidad de la inserción de la regulación del retracto de graciosa. 6.– El ejercicio del derecho de retracto de graciosa y la responsabilidad patrimonial universal del deudor. 7.– La interpretación del Tribunal Superior de Justicia de Galicia del retracto de graciosa y los requisitos de la previa satisfacción del crédito. 8 –Bibliografía.

1. La institución en el Derecho histórico:

1.1. Introducción:

En palabras del profesor BUSTO LAGO el retracto de graciosa, por su fundamento y finalidad, puede considerarse como el ejemplo más paradigmático en el Derecho civil de Galicia de una serie de instituciones, que se contemplan en el Derecho europeo comparado, al servicio de los campesinos y agricultores en general.

Su origen histórico responde a una gracia que concedía la Real Audiencia de Galicia en los casos de ejecución patrimonial de los bienes raíces de naturaleza rústica, que resultaban imprescindibles para la supervivencia de la empobrecida Galicia, campesina y en palabras de los jurisconsultos del siglo XVIII "la graciosa es fundada en razón, no es contra la ley de Dios, derecho natural, bien común, ni fue introducida por error, porque es notoria la pobreza que en general aflige a la mayor parte de los habitantes de Galicia, sin ningún comercio y excesivas rentas que pagar por los bienes que cultivan, como que son forales los más... mucho trabajo tendrá en resarcirse, sin más comercio que el fruto del sudor, al mismo tiempo que su familia pide y requiere sustento. Grande embarazo es la pobreza y necesidad oprime y embaraza como impedimentos el más grave hasta a los más elevados ingenios cautiva el ejercicio de la voluntad, alciato por símbolo de la pobreza, pinta un hombre alzada la mano, en ella una ala, y en el pie una grande piedra".

El retracto de graciosa es una gracia que, de conformidad con la Ley 3 del Título 32 de la Partida VII (en la cual se distingue entre misericordia, merced y

gracia), supone no un perdón sino un don gratuito que hace el Rey, pudiendo con derecho excusarse de hacerlo si quisiera.

La primera vez que aparece recogida esta institución en la literatura jurídica gallega es en el año 1768, coincidiendo con la primera edición del libro de BERNARDO HERBELLA DE PUGA, *Derecho práctico y estilos de la Real Audiencia de Galicia*.

1.2. Derecho práctico y estilos de la Real Audiencia de Galicia:

Su autor, natural de Manzanares de Trives publicó por primera vez esta obra en 1786, publicándose una segunda edición en 1844, y la tercera, realizada sobre las dos anteriores, fue de 1975 por el Colegio de abogados de A Coruña, y esta obra respondía a la moda de la época, que se inicia en el siglo XVI, y que tenía como finalidad dar a conocer la práctica forense para instruir en su ejercicio a los nuevos abogados. Pero esta obra sin duda no hubiera tenido más importancia que un singular interés por Galicia, si no es por la denuncia de que fue objeto en 1803, por un ex alcalde mayor del crimen de la Real Audiencia de Galicia, RAMÓN CALVO DE ROZAS, que trajo consigo la apertura de un expediente que terminó con la sentencia del Consejo de Castilla, ordenando la retirada de la circulación del libro.

En el capítulo séptimo del libro referido se regula la denominada graciosa o recobración de los bienes vendidos en pública subasta. En dicho capítulo aparecen como rasgos principales los siguientes:

a.– El plazo de interposición es de treinta años.

b.– El objeto del retracto son los bienes raíces, no los muebles.

c.– Tiene fuerza de ley y deroga las trasmisiones que se hubieran establecido antes que ella.

d.– Si hay mala fe competen los frutos al deudor.

e.– Es una prenda judicial, un cuasi contrato del juez con el comprador condicionado a restituir los bienes raíces a los treinta años percibiendo el importe de la venta.

f.– Se establecen los tres medios que concede para la reposición de los excesos de ejecutar de un pago, u otra cualquiera ejecutoria, y son el de nulidad, querella y apelación, y que en muchos casos pueden acumularse.

g.– La práctica establecía que para intentar la nulidad del pago se acumulaba el retracto a la apelación.

h.– La nulidad contra la sentencia se utilizaba contra la perversión de orden en forma de derecho, subastando antes los bienes raíces que los muebles y dicha nulidad iba conjunta con el retracto.

i.– El retracto se interponía incluso cuando el acreedor era clérigo, o si éste había sido el comprador en pública subasta , y por tanto no se aplicaba el fuero canónigo.

j.– El retracto siempre se entablaba en la Real Audiencia de Galicia, no en los tribunales menores.

k.– La novedad con Castilla es que allí el deudor tenía nueve días siguientes al remate para recobrarlos.

l.– La apelación a la resolución de la Real Audiencia de Galicia, se hacía ante la Cancillería de Valladolid, que debía aplicar la costumbre gallega, no la castellana.

1.3. Figuras próximas en el Derecho histórico español:

Hay tres figuras más próximas, que se encuentran en el Derecho histórico español, que son las siguientes:

a.– La Ley de Toro LXX: "La ley del fuero, que habla cerca de sacar el pariente mas propinquo la cosa vendida de patrimonio por el tanto, aya tambien lugar, quando se vendiere en él á moneda pública, aunque sea pro mandamiento de juez, y los nuevos dias que dispone la ley del fuero, y la ley del ordenamiento de Nieva, y asimismo aya de pagar el comprador las costas, y el alcavala, si las pagó el comprador, antes que la cosa así vendida le sea entregada".

Esta Ley es reproducida por la Ley IV del título XIII ("De los retractos; y derecho de tanteo") del libro X ("De los contratos y obligaciones; testamentos y herencias") de la Novísima Recopilación de 1805 y que lleva por expresiva rúbrica "Ampliación del derecho de retracto á las cosas de patrimonio vendidas en almoneda".

b.– El retracto de graciosa en el Derecho navarro, en cuyo ordenamiento fueron recogidos en la ley 51 de las Cortes de 1766 y la 102 de las Cortes de 1817 y 1818. En la primera de estas leyes, adquirió carta de naturaleza, en la legislación escrita, el retracto de graciosa, institución que hasta entonces era puramente tradicional y consuetudinaria. La ley de 1766 estableció el plazo para el retracto de graciosa, plazo de cuatro años, y dentro de los cuatros meses siguientes a este plazo, los acreedores tomaban posesión de los bienes. En la ley 102 de las Cortes de 1817 y 1818 se redujo a petición de las Cortes a un año el plazo del retracto y a dos meses el término para la elección y apropio.

En la actualidad la Compilación de Navarra de 1973 recoge el retracto de graciosa en la ley 451, que dice: *"En todos los casos de ejecución patrimonial, el deudor ejecutado podrá retraer los bienes definitivamente adjudicados, en el plazo de nueve días, mediante el pago del precio y gastos de legítimo abono"*.

c.– En el Derecho civil foral del País Vasco en el artículo 124 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, se establece que: *"En los casos de ejecución hipotecaria, judicial o extrajudicial, o en procedimientos de apremio, los parientes tronqueros podrán ejercitar cualquiera de los siguientes derechos:*

1.– El de preferente de adquisición, por el precio de adjudicación, compareciendo ante el órgano que celebró la subasta antes de que se otorgue el instrumento público de transmisión al adjudicatario y consignando en el acto el precio expresado, o

2.– El de saca foral, del modo regulado en este Título y dentro del plazo de tres meses a contar de la fecha de la subasta.

Igual derecho tendrá en caso de adjudicación al acreedor ejecutante, durante el plazo de tres meses a partir de la adjudicación".

1.4. Causas de desaparición de la institución en la práctica jurídica:

Según el profesor BUSTO LAGO, es en la práctica jurídica gallega a mediados

del siglo XIX, cuando desaparece el retracto de graciosa debido a dos causas principalmente:

a.– Por el triunfo de la ideología liberal burguesa, que se refleja en las codificaciones decimonónicas que postulan la mayor libertad de las facultades dispositivas de los propietarios y la libre circulación de los bienes.

b.– La aparición de textos normativos procesales y sustantivos en los que no se contempla la institución y hacen inviable el recurso a la misma por vía de la equidad; así la Ley de enjuiciamiento civil de 1855 y de 1881 y el Código civil de 1889, en cuyo artículo 5 se disponía que "*las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores, y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la práctica en contrario*".

1.5. El retracto de graciosa en el siglo XX:

Con ocasión del Congreso nacional de Derecho civil que se celebró en Zaragoza en el año 1946, se encuentra una alusión a la citada institución de la graciosa, algo que no ocurrió ni en la memoria de LÓPEZ LAGO de 31 de diciembre de 1880, ni en la memoria de 12 de octubre de 1899 de la que fue ponente JACOBO GIL, ni el llamado Apéndice al Código civil aprobado por la Comisión especial del Derecho foral de Galicia, hecho público en Coruña el 30 de abril de 1915. En el Congreso de Zaragoza, de 1946, en la ponencia de la Delegación Territorial de Galicia figuraba en la sección de otras instituciones la graciosa, señalando que era una figura inexistente pero de gran importancia en el siglo pasado. En la Compilación de Derecho civil especial de Galicia de 2 de diciembre de 1963, no se recoge, pero en el "I Congreso de Derecho Gallego" celebrado en A Coruña entre los días 23 y 28 de octubre de 1972, y en el seno de la sección IV, constituida por los señores HERNÁNDEZ CORCHERO, LÓPEZ MOSTEIRO y NOGUEIRA ROMERO, se adoptaron las siguientes conclusiones sobre esta institución:

> "Primera.– Se regulará el retracto de "graciosa" o de gracia en favor del deudor ejecutado sobre los bienes adjudicados al acreedor o a un tercero en trámite de ejecución judicial o de autoridad competente, que constituyan o formen parte del patrimonio familiar.
>
> Segunda.– En el supuesto de la conclusión anterior el deudor ejecutado podrá retraer definitivamente los bienes adjudicados (...) mediante el pago del precio o del valor en que se adjudicaron y gastos de legítimo abono. El organismo que haya hecho la adjudicación la notificará al deudor ejecutado dentro del tercer día, iniciándose desde ese momento el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción retractual.
>
> Tercera.– Durante ese plazo de sesenta días, que será de caducidad, los bienes quedarán en la misma situación y posesión en que venían antes de la adjudicación, y el depositario sometido a igual responsabilidad.
>
> Cuarta.– Los bienes objeto del retracto no podrán ser motivo de nuevas trabas o embargos por la responsabilidad de la que dimana la adjudicación cuando no la hubiere cubierto por completo".

Esta institución fue recogida en el texto elaborado al finalizar la II legislatura por la Comisión de Derecho civil, pero no en los textos elaborados por la *Comisión non permanente de Dereito civil de Galicia* y la del *Consello da Cultura Galega* del

año 1991. Recogiéndose en la proposición de ley sobre de Derecho civil de Galicia de 1993, pasando al artículo 34 de la Ley de Derecho civil de Galicia.

2. Concepto:

En la Enciclopedia Jurídica española de FRANCISCO SEIX de 1917, viene definida como "un retracto singular que corresponde al deudor ejecutado contra cuyos bienes se hubiera dictado sentencia de remate y hubieran sido vendidos en subasta judicial, a fin de recuperarlos del comprador o del tercero en cuyo poder se encuentran". La institución por primera vez la recoge HERBELLA DE PUGA en su libro titulado *Derecho práctico y estilos de la Real Audiencia de Galicia*, año 1768, quien relataba que dicha institución era "una equidad, de que usa la real audiencia de Galicia en favor del deudor, para que recupere los bienes raíces, que se le hayan vendido en subasta, aprontando el importe de la venta". Años más tarde de la aparición de la obra de HERBELLA DE PUGA, J. ESCRICHE en su *Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia*, recoge la voz "graciosa", señalando que con tal término se hace referencia a "la costumbre o práctica introducida en los tribunales de Galicia en favor de los deudores ejecutados, y consiste en acceder á que se restituyan á estos los bienes vendidos en pública subasta, con tal que los reclamen dentro del término de treinta años y apronten el importe de la venta y de los gastos que esta hubiese ocasionado".

La Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, en su título IV, regula el retracto de graciosa en un único artículo, artículo 34, que dispone que *"en todos los casos de ejecución patrimonial sobre bienes de naturaleza agraria, el deudor ejecutado que tuviese la condición de profesional de la agricultura podrá retraer definitivamente los bienes adjudicados en el plazo de treinta días a partir de la fecha de notificación, mediante el pago del precio y gastos de legítimo abono".*

3. Naturaleza jurídica:

Para la determinación de la naturaleza jurídica del retracto de graciosa debemos partir del concepto de retracto y de su concepción como derecho real; así el Código civil en su artículo 1.521 define el retracto como *"el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago".*

Así, desde la perspectiva clásica no serían derechos reales, en cuanto no otorgan a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa.

En la doctrina moderna española se introdujo la categoría de los llamados derechos reales de adquisición, que responden a las características propias de los derechos subjetivos, recaen sobre cosas, obtienen regulación legal y son oponibles *erga omnes*, y su eficacia radica en conferir a su titular la facultad de convertirse en propietario del bien objeto del derecho de retracto.

Es por tanto, un derecho real de adquisición preferente, en el que concurren todas las notas que permiten calificarlo, así la inherencia del derecho de la cosa viene manifestada en la reipersecutoriedad, inmanente a todo derecho real, y tiene una manifestación plena en el derecho configurado del artículo 34 de la Ley de Derecho

civil de Galicia, por cuanto su titular puede ejercitarlo frente a cualquiera que haya sido adjudicatario de los bienes sobre los que el derecho recae en el proceso de ejecución patrimonial de los mismos.

4. Requisitos para el ejercicio:

4.1. Legitimación activa:

El artículo 34 de la Ley de Derecho civil de Galicia legitima activamente para el ejercicio del retracto de graciosa al deudor ejecutado que tuviese la condición de profesional de la agricultura, pero dicha norma foral no define el profesional de la agricultura. Por ello hay que tener en cuenta la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22 de febrero de 2000, en la que uno de los motivos de casación aludía al concepto legal de profesional de la agricultura, y en donde se aplica, a falta de una definición en la Ley gallega, lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos, que, de conformidad con la redacción dada al mismo por la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias, dispone:

"Se entiende por profesional de la agricultura a los efectos de esta Ley:

a.– La persona mayor de edad o emancipada que se dedique o vaya a dedicarse a actividades de carácter agrario y se ocupe de manera efectiva y directa de la explotación, como agricultor profesional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley de Modernización de las Explotaciones Agrarias.

b.– Las sociedades cooperativas agrarias de explotación comunitaria de la tierra o de trabajo asociado dentro de la actividad agraria.

c.– Las sociedades agrarias de transformación u otras sociedades civiles, laborales u otras mercantiles, que, en caso de que sean anónimas, sus acciones deberán ser nominativas y tengan por objeto exclusivo, conforme a sus estatutos, el ejercicio de la actividad agraria.

d.– Las entidades u organismos de las Administraciones públicas que estén facultados conforme a sus normas reguladoras para la explotación o subarriendo de fincas rústicas".

Para precisar más el concepto de agricultor profesional, la Ley de Modernización de Explotaciones Agrarias 19/1995, de 4 de julio, establece con carácter general unos parámetros, en su artículo 2 apartado quinto, con arreglo a los cuales se define al agricultor profesional como *"la persona física que siendo titular de una explotación agraria, al menos, el 50 por 100 de su renta total la obtenga de actividades agrarias u otras actividades complementarias, siempre y cuando la parte de renta procedente directamente de la actividad agraria realizada en su explotación no sea inferior al 25 por 100 de su renta total y el tiempo de trabajo dedicado a actividades agrarias o complementarias sea superior a la mitad de su tiempo de trabajo total".*

4.2. Bienes retraíbles:

La delimitación de los bienes susceptibles de retracto de graciosa tiene lugar en virtud de los bienes pertenecientes a una explotación agrícola o ganadera que sean susceptibles de embargo y posterior ejecución y venta en pública subasta. Por tanto

de los bienes pertenecientes a una explotación agraria no son retraíbles:

a.– Los que dispone el artículo 606 de la nueva Ley de enjuiciamiento civil: "*los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte y oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada*".

b.– Los que dispone el artículo 607.1 de la nueva Ley de enjuiciamiento civil: *"es inembargable el salario, jornal, sueldo, pensión, retribución o su equivalente que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional"*.

c.– Las concesiones administrativas de tierras destinadas a constituir explotaciones familiares o comunitarias adjudicadas por el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario. Estos bienes no son susceptibles de embargo según el criterio del profesor JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO al entender que el artículo 31.3 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, texto aprobado por Decreto 118/1973, de 12 de enero, no fue afectado ni derogado por la Ley de 24 de diciembre de 1981, ni por la disposición derogatoria única de la Ley 19/1995, de 4 de julio.

Serían retraíbles los bienes embargados y subastados de naturaleza agraria (art. 34 LDCG) tanto de naturaleza mueble como inmueble, a diferencia de lo que sucedía en el Derecho histórico, según recoge HERBELLA DE PUGA en su obra antes citada: "en Galicia por vía de la equidad se extendió la costumbre notablemente más que en otras provincias y reinos de España, concediendo al deudor la recobración no de los muebles, pero sí de los raíces, dentro de los treinta años desde el remate".

Objetivamente, por tanto, y siguiendo el criterio del profesor BUSTO LAGO son retraíbles los bienes de naturaleza agraria, que forman parte de una explotación agrícola o ganadera y su destino sea de este tipo, de forma que el titular ejecutado de los mismos los viniese aprovechando con esta finalidad y formando parte de la explotación y en todo caso, comprenderá aquéllos a los que se refiere el número 5 del artículo 334 del Código civil, es decir: *"Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurran a satisfacer las necesidades de la explotación misma"*.

En este mismo sentido la Ley de Modernización de las Exploraciones Agrarias, en su artículo 3 apartado 2 enumera como elementos integrantes de las explotaciones agrarias, *"los bienes inmuebles de naturaleza rústica y cualesquiera otros que son objeto de aprovechamiento agrario permanente, la vivienda, con dependencias agrarias, las construcciones e instalaciones agrarias, incluso de naturaleza industrial, los ganados, máquinas y aperos, integrados en la explotación y afectados a la misma, cuyo aprovechamiento y utilización corresponden a su titular en régimen de propiedad, arrendamiento, derechos de uso y disfrute e incluso por mera tolerancia de su dueño"*.

4.3. Plazo:

El plazo para el ejercicio del retracto viene recogido en el artículo 34 de la Ley de Derecho civil de Galicia y es de treinta días, plazo superior al que establece la

Compilación de Navarra en su ley 451, que es de nueve días, e inferior al precedente histórico que era de treinta años, excesivo para la realidad moderna actual y la tendencia creciente de protección a los acreedores en el derecho patrimonial actual, por la incertidumbre que dicho plazo provocaría.

Al ser un retracto legal deberá ventilarse en el juicio ordinario como así lo establece el artículo 249.1–7. de la nueva Ley de enjuiciamiento civil, y por el trámite establecido en el artículo 401 y siguientes con la única especialidad de que el plazo de ejercicio del retracto es de treinta días hábiles a partir de la notificación del auto de la adjudicación, y es una obligación que recae sobre el órgano que hizo la adjudicación, al establecer el legislador en el artículo 34, que dicho órgano notificará dentro del tercer día, y desde este momento se iniciaría el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción retractual. El plazo, según establece la sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de febrero de 1994, es de naturaleza sustantiva. Dicho plazo según el profesor MOURE MARIÑO es de caducidad.

5. Problemas de constitucionalidad de la inserción de la regulación del retracto de graciosa:

En la tramitación parlamentaria de la Ley de Derecho civil de Galicia, algunos parlamentarios dudaban de la constitucionalidad de la figura del retracto de graciosa, debido al carácter procesal de dicha figura, y teniendo en cuenta que el artículo 149.1.6. de la Constitución española, señala que *"el Estado tiene competencia exclusiva sobre legislación procesal sin perjuicio de las necesidades que en este orden se derivan de las particularidades del Derecho sustantivo de las Comunidad Autónomas"*; por otra parte, los artículos 22 y 27–5.° del Estatuto de Autonomía de Galicia, en concordancia con el precepto constitucional, determinan las competencias de la Comunidad Autónoma para dictar normas de carácter procesal que deriven del Derecho gallego, y si consideramos que el artículo 34 de la citada Ley de Derecho civil de Galicia es de carácter procesal, nos encontramos con el problema planteado por el recuso de inconstitucionalidad que se interpuso contra la Ley 11/1993, de 15 de julio, reguladora del recurso de casación en materia de Derecho civil especial de Galicia, recurso que actualmente se encuentra pendiente de resolución, si bien la Ley está siendo aplicada pues la suspensión de su aplicación, acordada por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, fue levantada por Auto dictado por el Tribunal Constitucional en marzo de 1994; una vez fallado dicho recurso de amparo los argumentos jurídicos servirán para resolver el problema de constitucionalidad planteado contra el artículo 34 antes referido.

El profesor BUSTO LAGO defiende la constitucionalidad de dicha norma en base a que el retracto de graciosa no es una norma de carácter procesal, apoyándose en la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 24 de febrero, sentencia 54/1994 y cuyo fundamento jurídico segundo establece que el retracto legal regulado en el artículo 1.521 del Código civil es un derecho sustantivo.

Por otro lado, el desarrollo de la doctrina del Tribunal Constitucional en sentencias 121/1992 y 182/1992 de 28 de septiembre y de 16 de noviembre respectivamente, y en las sentencias 88/1993 y 156/1993 de 12 de marzo y 6 de mayo, conforme a las cuales la Constitución española al emplear la noción desarrollo

del propio Derecho civil en el artículo 149.1.8.ª permite que los Derechos civiles, forales o especiales, preexistentes a la entrada en vigor de la Constitución de 1978, puedan ser objeto de una acción legislativa que haga posible un crecimiento orgánico, reconociendo así la norma fundamental, no sólo la historicidad y la actual vigencia sino también la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos preconstitucionales. Cabe por tanto que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral. Y en esta línea se enmarca la sentencia 182/1992, de 16 de noviembre, sobre la competencia de la Comunidad Autónoma en materia de arrendamientos rústicos, en relación con el artículo 27.4 del Estatuto de Autonomía de Galicia.

La doctrina del Tribunal Constitucional se resume en la competencia sobre el desarrollo del propio de Derecho civil, lo que le permite al legislador autonómico legislar sobre nuevas materias o instituciones pero no de manera ilimitada sino que ese desarrollo del Derecho civil adjetivado como especial o foral habrá de aplicarse únicamente con respecto a instituciones o materias conexas con las ya reguladas, y siempre que responda a una actualización acorde con sus principios generales o principios inspiradores.

El profesor BUSTO LAGO, basándose en la doctrina constitucional expuesta, manifiesta la constitucionalidad del artículo 34 con los siguientes argumentos:

1.– El primer fundamento de la competencia del legislador autonómico gallego es el de las materias conexas, derivando la legitimación constitucional del hecho de dictar normas que traten de solventar los problemas referidos a la conservación del patrimonio familiar, principio de la unidad y de la continuidad de la casa petrucial y al aprovechamiento y disfrute del suelo rústico.

2.– A la existencia de una costumbre o uso indiscutido de la Real Audiencia de Galicia anterior a la Ley de enjuiciamiento civil de 1855, que ha destilado en la comunidad jurídica gallega una norma perteneciente al ámbito del deber ser o de *lege ferenda*, que justifica la introducción de la institución que ha conformado un principio general del Derecho civil de Galicia.

6 El ejercicio del derecho de retracto de graciosa y la responsabilidad patrimonial universal del deudor:

El principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, consagrado en el artículo 1.911 del Código civil, conlleva la garantía para sus acreedores de poder satisfacer en forma forzosa sobre sus bienes actuales y los que pueda adquirir en el futuro. La interpretación literal del artículo 34 de la Ley de Derecho civil de Galicia, conduciría a la conclusión de que, ejercitado con éxito el retracto de graciosa, los bienes sobre los que se ha ejercitado se retraen definitivamente. Esta expresión contenida en el precepto parece querer indicar que, en el supuesto de que la suma obtenida en la subasta judicial no sea suficiente para satisfacer el total del crédito, quedan fuera del alcance del acreedor ejecutante los bienes del deudor que hayan sido retraídos a su patrimonio.

Esta interpretación supone que el artículo 34 de la Ley de Derecho civil de Galicia introduce una excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor y abre una vía de fraude al cumplimiento de las obligaciones garantizado por el artículo 1.157 del Código civil. Así el artículo 6.4 del Código civil establece que *"los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir"*. Como es sabido, en la teoría del fraude de ley se establece que los actos deben realizarse al amparo del texto de una norma, y esa norma llamada también ley de cobertura, tiene una finalidad, que aparentemente es la que persigue el que ejecuta el acto. Se dice aparentemente, porque una de las características de la figura es la coincidencia externa entre el supuesto de hecho que después resulta fraudulento y el de la norma en que se busca amparo. De esta forma el artículo 34 de la Ley de Derecho civil de Galicia sería la norma de cobertura y los artículos 1.157 y 1.911 del Código civil las normas defraudadas. El problema del fraude de ley queda resuelto en el sentido que establece el artículo 6 al considerar que los actos que se consideren ejecutados en fraude de ley no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

Así para el profesor BUSTO LAGO la expresión *"definitivamente"* del artículo 34 de la Ley de Derecho civil de Galicia es correcta, pero interpretada en el sentido de que el acreedor podrá hacerse pago con los bienes que el deudor adquiera en el futuro y que no sean susceptibles de retracto de graciosa y no se podrán trabar sucesivos embargos sobre los mismos bienes. Para el profesor REBOLLEDO la expresión *"definitivamente"* tiene su origen en una indebida, por inadecuada, recepción de la expresión importada por el legislador gallego de la ley 415 de la Compilación navarra de 1973.

7. La interpretación del Tribunal Superior de Justicia de Galicia del retracto de graciosa y el requisito de la previa satisfacción del crédito:

La sentencia de fecha 27 de enero de 1999 del Tribunal Superior de Justicia de Galicia resuelve en casación sobre la procedencia del auto confirmado en apelación que acordó la devolución de la cantidad consignada en el juicio ejecutivo a favor del actor del mismo, así como que el deudor ejecutado consignase la cantidad correspondiente a las fincas que pretendía retraer. Asimismo, desestima el recurso interpuesto por el deudor retrayente ya que para la Sala, en la resolución recurrida no se decidía sobre la procedencia del retracto de graciosa, sino sobre la aplicación de las normas de responsabilidad patrimonial que no pueden quedar sin efecto, porque supondría un claro fraude de ley, pues el dinero que se consignó correspondía al acreedor porque su deuda no estaba satisfecha. Así en el fundamento jurídico segundo el magistrado ponente Sr. D. JUAN JOSÉ REIGOSA GONZÁLEZ, no admite las alegaciones del actor al establecer la excepción al principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, por ser un fraude de ley de norma básica sobre responsabilidad patrimonial y la del artículo 1.157 del Código civil, y lo único que el precepto especial consigna (art. 34 LDCG) a los efectos discutidos, es que la retracción es definitiva más no exime al deudor del abono al completo de sus deudas en tanto aparezca capital para ello, y una vez realizado aquél sí podrá retraer las

fincas embargadas. Y la sentencia citada reseña cuál es la finalidad de la ley, que como en todo retracto supone una limitación a la libertad de disposición del retraído, sin que los efectos puedan llegar tan lejos como el recurrente pretende en el sentido de dejar sin efecto la responsabilidad patrimonial consagrada en el Código civil. Es interesante tener en cuenta el fundamento jurídico tercero de la mentada sentencia, al desestimar el motivo segundo del recurso de casación, que la parte actora alegaba la infracción del artículo 34 de la Ley de Derecho civil de Galicia en relación con el artículo 1.618 de la Ley de enjuiciamiento civil, aplicado al compromiso de no enajenar (arts. 1.628, 1.629 y 1.630 Lec), aduciendo que la consignación efectuada no es embargable, ni alienable con independencia del derecho de retracto en cuya virtud y para cuyo ejercicio se verificó. Y es rechazado este motivo al entender el Tribunal que lo que se examina en la sentencia recurrida no es el derecho del retracto, sino la aplicación de normas básicas sobre responsabilidad patrimonial que no pueden quedar sin efecto salvo incurrir en fraude de ley. Y el dinero consignado debe responder al acreedor pero no por retraerse las fincas, sino porque tiene derecho a él de conformidad a lo previsto en los artículos 1.157 y 1.911 del Código civil y en tanto su deuda no sea satisfecha al completo, el deudor no puede destinar su patrimonio a fines distintos de su primitiva obligación incumplida. Si la abona al completo, podrá entonces ejercitar ese derecho de retracto si todavía se encuentra en plazo.

Esta sentencia ha sido criticada por el Prof. BUSTO LAGO por dos motivos:

1.– Al entender que defrauda la finalidad de la institución del retracto de graciosa, dicha sentencia implica para la aplicación de la norma la necesidad de que el deudor ejecutado que quiera ejercitar el retracto de graciosa pague necesariamente la totalidad principal y costas del crédito no satisfecho que dio lugar a la ejecución patrimonial, y de esta forma el artículo 34 de la Ley de Derecho civil de Galicia estaría ampliando temporalmente, en los casos en los que quepa ejercitar el retracto de graciosa, las posibilidades que al deudor ejecutado brindan los artículos 1.446 y 1.498 de la Ley de enjuiciamiento civil y de acuerdo con los cuales el deudor puede enervar el embargo o librar sus bienes en cualquier momento del procedimiento de ejecución, antes de que se apruebe el remate, pagando el principal y las costas.

2.– La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia no se acomoda a la línea jurisprudencial de los órganos jurisdiccionales de otras Comunidades Autónomas en cuyo Derecho civil propio existe una institución similar, la sentencia de 25 de noviembre de 1997 del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, y dicha sentencia es análoga a las adoptadas por el Tribunal Supremo en materia de retracto gentilicio, en la cual para poder admitir la demanda de retracto se exige la consignación efectiva, como garantía del comprador, no bastando la promesa de consignar, sin que tal obligación se haga extensiva a los gastos, entre otras cosas porque normalmente el retrayente no conocerá su cuantía hasta que no se haga efectivo su derecho.

8. Bibliografía:

Textos legales:

1. Las partidas.

2. Código civil.
3. Ley de enjuiciamiento civil.
4. Constitución española de 1978.
5. Estatuto de Autonomía de Galicia.
6. Ley de Derecho civil de Galicia.
7. Ley 83/1995 de Arrendamientos Rústicos.
8. Ley 19/1995 de Modernización de las Explotaciones Agrarias.
9. Ley de Reforma y Desarrollo Agrario.
10. Compilación de Navarra de 1973.
11. Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho civil foral del País Vasco.

Libros:

1. *Enciclopedia Jurídica* de FRANCISCO SEIX, año 1917.
2. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia* de J. ESCRICHE.
3. *Derecho práctico y estilos de la Real Audiencia de Galicia* de BERNARDO HERBELLA DE PUGA. Edición de Ilustre Colegio Provincial de Abogados de La Coruña.
4. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. Tomo XXXII, Vol. I.
5. *Revista Xurídica Galega*, núm. 19; comentario del profesor JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO.
6. *Comentarios a la Ley de Derecho civil de Galicia*, Tomo I, páginas 322 y siguientes. "Título IV El retracto de graciosa", JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO.

LA COSTUMBRE EN LA PLANTACIÓN DE ÁRBOLES EN GALICIA

Jesús Varela Fraga
Abogado

I.– Abogados y jueces, aquéllos más que éstos por no llegar a los juzgados la mayoría de los conflictos planteados, tienen conocimiento por consultas de los conflictos entre particulares que surgen como consecuencia de las plantaciones de árboles, especialmente de la especie eucalipto. La Administración –Consellería de Agricultura, de Medio Ambiente y, sobre todo, los ayuntamientos– legislan sobre algo que siempre fue materia de Derecho civil.

II.– El Decreto del Ministerio de Agricultura 2661/1967, de 19 de octubre, y el Decreto de la Xunta de Galicia 81/1989, de 11 de mayo, establecen limitaciones en cuanto a la plantación de árboles.

Es de señalar que las fuentes de la potestad normativa señaladas en el referido Decreto de la Xunta de Galicia (Ley 4/1989, de 24 de marzo) son aquellas que facultan al Gobierno gallego para regular y conservar los espacios naturales. Sirve esta habilitación para crear normas de protección de los espacios a proteger, pero no para regular las relaciones entre particulares. Y establece el citado Decreto limitaciones en cuanto a las plantaciones de eucalipto a pesar de reconocer *"por outra parte, o alto potencial productivo do eucalipto en Galicia, e a demanda crecente en madeira e productos derivados, levan a considera–lo eucalipto como un importante recurso productivo no sector agrario galego"*.

Que el ayuntamiento de Ribadeo, el de Lorenzá o el de Vilasantar LEGISLE, por medio de ordenanzas, sobre esta materia e IMPONGA al propietario de una finca a monte que para plantar un eucalipto tenga que dejar una distancia de la finca colindante, "extremeira", treinta, veinticinco o cincuenta metros, es algo que no podemos comprender y aún menos el propietario–labrador que su alcalde le imponga el no poder plantar árboles en su finca. En una comunidad rural en la que, incluso, los árboles se tienen y tuvieron siempre como mojones o "marcos" divisorios de fincas; incluso existieron siempre y existen árboles centenarios –carballos y castiñeiros– cuyo tronco surge del muro divisorio y se consideran medianeros.

En algunos ayuntamientos para plantar UN SOLO EUCALIPTO se necesita UNA HECTÁREA DE MONTE; si la distancia impuesta es de cincuenta metros, es necesario tener una finca a monte de cien metros por cien metros (10.000 metros–una hectárea) para poder plantar UN SOLO EUCALIPTO. En Galicia –ya lo dijo CASTELAO hace más

de sesenta años– una de las tres fuentes de riqueza es EL ÁRBOL. Pero los ayuntamientos dan al traste con todo ello y vacían de contenido económico al monte, cuyo único aprovechamiento es el árbol.

Los ayuntamientos, al socaire de lo que se llama "medio ambiente", están regulando materia de Derecho privado.

Con esta política municipal empezaron algunos ayuntamientos, pero auguramos que en pocos años todos los entes municipales de Galicia aprobarán unas ordenanzas municipales iguales, cuyo texto debe de facilitarse por otra Administración.

Y aún visto todo bajo el punto de vista de política municipal, también estimamos que es totalmente equivocada al vaciar de contenido económico a los montes del término municipal con el consiguiente perjuicio de los vecinos. La misión del ayuntamiento es, precisamente, la contraria. Defender a sus vecinos es la única finalidad del ente municipal.

III.– Es cuantioso el perjuicio económico que representa para los montes de Galicia el cumplir las distancias que se señalan en el antes citado Decreto de la Xunta de 1998; pero muy superiores son si se aplican las ordenanzas de ciertos ayuntamientos.

El 69 por 100 del territorio de nuestra Comunidad está destinado a monte, con 1.933.000 hectáreas en 5.454.000 parcelas, siendo la extensión media de parcela de unos 3.500 metros cuadrados (unos seis ferrados). Privar de plantación en seis metros representa casi el 30 por 100 de la extensión, lo que es lo mismo unas 600.000 hectáreas.

Si se cumple lo que algún "concello" estableció en sus ordenanzas, ni la mitad del monte de Galicia puede repoblarse.

IV.– Que la costumbre es en Galicia la primer fuente de Derecho es indiscutible.

En los tres primeros artículos de la Ley de Derecho civil de Galicia de 1995 así se establece, así como en la Exposición de Motivos de dicha Ley, con cita expresa del artículo 38 del Estatuto de Autonomía, y transcribiendo el artículo 1 de la propia Ley, señala que *"fai uso desta facultade e especifica nitidamente que o dereito civil de Galicia estará integrado polos usos e costumes propios e polas normas contidas na presente lei…"*. Y en la misma Exposición de Motivos remacha la voluntad del legislador de dejar al pueblo que regule sus instituciones y sus relaciones jurídico–privadas por el medio que lo ha venido haciendo al señalar que *"Estamos ante un dereito vivo de Galicia. Nado nos campos galegos, como emanación singular dun rico dereito agrario, desbordado hoxe, incluso na vida cotiá das súas urbes"*.

No cabe mayor afirmación de la voluntad de otorgar preeminencia a la costumbre.

V.– En Galicia es costumbre plantar árboles hasta la línea divisoria de la finca colindante también a monte.

La costumbre en Galicia es tan notoria que de no ser así se apreciaría en el campo gallego, en las zonas de arbolado, una especie de "cortafuegos", sin árboles, de doce metros de ancho (seis más seis metros de la línea divisoria de las fincas) en los cientos de miles de fincas o parcelas existentes en nuestra Comunidad; miles y miles de fajas de terreno de doce metros de ancho, sin árboles, que se cruzarían, si no existiera la costumbre de plantar hasta la misma linde.

Y esto se reflejó en numerosas resoluciones de nuestros tribunales.

La Audiencia Provincial de A Coruña, sección segunda en sentencia de 16 de septiembre de 2000, estima probada la costumbre en cuanto a las distancias entre plantaciones, como ya tuvo ocasión de pronunciarse la Audiencia de Lugo en sentencia de 5 de marzo de 1973 (*Foro Gallego* nº 159–Año 1973) y la Audiencia Provincial de A Coruña, sección tercera, en sentencia de 29 de noviembre de 1996 (Ref. 365/1997 de *Galega de Dereito*). Y es la costumbre la primera fuente de Derecho, y la más sabia, en cuanto a distancias de las plantaciones a la línea divisoria, evitando así que pudiera vaciarse de contenido económico el derecho de propiedad con ordenanzas municipales como las del ayuntamiento de Ribadeo (Lugo) de agosto de 1995 que establece la distancia de treinta metros a la línea divisoria para las plantaciones de eucaliptos (S.A.P. de Lugo de 18 mayo de 1998–Ref. 1034/1999, de *Galega de Dereito*).

Y el problema estimamos que está resuelto por el Tribunal Superior de Xusticia de Galicia en sentencia de 12 de mayo de 2001.

VI.– Por todo lo anterior, sometemos al Congreso esta comunicación a fin de que se recoja en sus conclusiones que en fincas a monte en Galicia podrán plantarse árboles hasta el mismo linde.

III

ACTAS DE LAS SESIONES Y CONCLUSIONES

ACTA DE LA SECCIÓN TERCERA:

Presidente:
D. Manuel Crespo Rivas
Vicepresidente:
D. Ricardo Díaz Fraga
Vocales:
D. José Pablo Casas Estévez
D. José Portos Freire
Relatores de la ponencia:
D. Francisco Manuel Botana Torrón
D. Ángel Luis Rebolledo Varela
D. Ramón P. Rodríguez Montero
D. José Luis Seoane Spiegelberg
Secretario:
D. Miguel Deus Pallarés

En la Sala tercera del Palacio de Congresos de A Coruña, siendo las 16:10 horas del día 27 de noviembre de 2002 se constituye la Mesa con los asistentes designados al margen.

A las 16:12 horas da comienzo la sesión, concediendo la palabra el Sr. Presidente al Sr. SEOANE SPIEGELBERG.

El Sr. SEOANE SPIEGELBERG comienza exponiendo las líneas generales de la ponencia, centrándose en el modo de adquirir la servidumbre por negocio jurídico bilateral y dejando al margen otros aspectos que constan suficientemente detallados por escrito en la ponencia. Se hace referencia a la adquisición a título gratuito de modo resumido y por consentimiento tácito, e incluso de un modo meramente tolerado. Igualmente se hace alusión a la problemática suscitada por la finca enclavada, sometiéndola a debate por parte del ponente. Las conclusiones del Sr. SEOANE SPIEGELBERG pueden concretarse en las siguientes: por un lado, la necesidad de dar una nueva regulación a la servidumbre de paso; por otro, establecer expresamente la posibilidad de adquirir la servidumbre en cuestión por negocio bilateral y unilateral, ya sea de forma expresa ya tácita.

Finalizada la exposición del Sr. SEOANE SPIEGELBERG se da inicio a un turno de debate. Interviene, en primer lugar, el Sr. REBOLLEDO VARELA quien, en relación con la adquisición de la servidumbre por negocio jurídico, pone de manifiesto que la mayoría de los tribunales gallegos no admiten el consentimiento tácito. Asimismo el Sr. REBOLLEDO VARELA señala que en Galicia, en la mayoría de los casos, no

existen documentos que acrediten la adquisición de la servidumbre, por lo que habría que buscar una fórmula legal que solucionase los problemas que se derivan de esta situación; a su juicio sería aconsejable invertir la carga de la prueba y que fuese el demandante el que tuviese que demostrar que no es un acto tolerado.

Considera el Sr. PORTOS FREIRE que de admitirse la tesis del Sr. REBOLLEDO VARELA se atentaría contra el derecho de propiedad. A este respecto el Sr. REBOLLEDO VARELA concluye que es necesario buscar una solución porque las acciones negatorias prosperan en los tribunales gallegos en un noventa por ciento de los casos, y ello aunque hayan pasado noventa años.

A raíz de las observaciones formuladas por parte de Dña. MARGARITA PARADA el Sr. REBOLLEDO VARELA aclara que lo que plantea no es la cuestión de las servidumbres inútiles, que ya está solucionada, sino la de aquellos casos de tolerancia (v. gr. en relación con una ventana o un camino por el que pasa "medio pueblo") que tienen más de noventa años y respecto de los cuales hay que dar una solución en la medida en que el mecanismo de la usucapión no se va a poder utilizar hasta el año 2015.

El Sr. FUENTES estima que podría establecerse una prescripción adquisitiva por ley, con lo que la cuestión quedaría zanjada.

El Sr. MOURE MARIÑO considera que las tesis de los Sres. REBOLLEDO VARELA y PORTOS FREIRE son perfectamente compatibles y que la función del abogado consiste precisamente en conciliar posiciones.

El Sr. SEOANE SPIEGELBERG manifiesta compartir la posición del Sr. REBOLLEDO VARELA en relación con la adquisición de la servidumbre por un acto meramente tolerado, pero no se decanta definitivamente por la misma al considerar que el consentimiento tácito tiene que demostrarse por actos concluyentes.

Toma la palabra el Sr. CRESPO RIVAS, para quien habría que buscar fórmulas intermedias a fin de evitar que sea el propietario el que tenga que demostrar que la finca es libre.

El Sr. REBOLLEDO VARELA suscribe íntegramente la opinión del Sr. Presidente de la Mesa y puntualiza que él, como ponente, lo único que pretende es buscar soluciones a los problemas suscitados por el hecho de que las acciones negatorias prosperen siempre, o casi siempre.

Por último, el Sr. SEOANE SPIEGELBERG subraya que el contenido de la ponencia incide en aspectos de la teoría general del contrato y que se ha tratado de recoger la jurisprudencia de los tribunales gallegos al respecto.

Concluido el debate se procede a una breve exposición por parte del Sr. REBOLLEDO VARELA del contenido de la ponencia referente a la problemática de la servidumbre forzosa de paso. En primer término, se destaca la ausencia total de regulación de la servidumbre forzosa de paso en la actual Ley de Derecho civil de Galicia. A continuación se hace referencia a la interclusión voluntaria. A este respecto, debe entenderse que la finca está enclavada en aquellos casos en que las

necesidades de la propia finca excedan de la servidumbre o camino actualmente existente. Se propone un concepto de finca enclavada tal y como se expone en la ponencia.

Habiendo finalizado la exposición el Sr. REBOLLEDO VARELA, y siendo las 17:55 horas, se suspende la sesión hasta las 18:30 horas.

Siendo las 18:38 horas se reanuda la sesión, teniéndose por recibida la comunicación titulada "Breves consideraciones sobre la serventía y el Camiño do Agro" presentada por D. JOSÉ ANTONIO LÓPEZ GRAÑA, que se une a la ponencia.

A continuación tiene lugar la exposición por parte del Sr. RODRÍGUEZ MONTERO de la parte de la ponencia relativa a la "Problemática jurídica de las serventías". Desde un punto de vista sistemático el ponente parte de la distinción previa entre una serventía común y una autóctona de Galicia. Después de ofrecer una definición inicial de ambas clases de serventía, el Sr. RODRÍGUEZ MONTERO establece las analogías y diferencias entre las servidumbres y serventías, señala las diferencias sustanciales entre los dos tipos de serventías, aborda la cuestión de las presunciones de prueba y hace hincapié en determinados aspectos de la regulación jurídica y procesal no contemplados en la Ley de Derecho civil de Galicia. A continuación, su intervención se centra en la posibilidad de adquirir la servidumbre por prescripción, en la variación o cambio del trazado originario de la serventía y posibilidad o no de su ampliación, en la transmisión o extinción de la serventía, y en los gastos comunes y criterios de reparto de los mismos entre los titulares de la misma. Por último, el ponente aborda el tema de la defensa procesal de la serventía.

Seguidamente se pasa a exponer por el Sr. BOTANA TORRÓN la parte de la ponencia que versa sobre "el análisis de las presunciones de serventía en el borrador a la reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia".

Una vez finalizada la exposición de la ponencia se abre un nuevo turno de debate. En este sentido, en la medida en que la "serventía" carece de regulación legal, el Sr. SEOANE SPIEGELBERG se pregunta por el modo en que los propietarios tienen que contribuir a los gastos comunes de la misma.

El Sr. VARELA hace mención a las dificultades que entrañan la definición de la "serventía" y la distinción de ésta con la servidumbre. A su juicio, la serventía puede definirse como "unha corredoira que morre ou que no ten saída" y que da servicio a cinco, diez, quince o treinta fincas; si por allí puede pasar cualquiera, entonces, será camino publico por tener un final.

El Sr. PORTOS FREIRE considera que la serventía tampoco tiene que estar encajonada entre dos "valos" y sin cerrar. Basta con que no tenga salida al camino para ser serventía.

El Sr. REBOLLEDO VARELA comenta que la serventía no es un camino público y que habría que regular la figura conforme a los tiempos actuales. Asimismo señala que la serventía común no es la típicamente gallega. En este contexto el Sr. PORTOS FREIRE añade que, desgraciadamente, la serventía netamente gallega puede estar destinada a desaparecer.

El Sr. SEOANE IGLESIAS puntualiza que la serventía es una realidad que existe e incluso la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia está llegando a admitir la existencia de una serventía "urbana". Si varios propietarios cedieron parte de sus fincas para hacer un camino, están constituyendo una serventía propiamente dicha, con lo cual tiene perfecta actualidad y vigencia.

El Sr. RODRÍGUEZ MONTERO manifiesta que la serventía es una figura de creación jurisprudencial y que, como tal, hay que regularla.

El Sr. FUENTES considera que en Galicia se denominan "serventías" a lo que, en realidad, son "caminos parroquiales rurales"; no en vano, la parroquia regulaba todo lo vecinal, incluidas las serventías. Por ello, a juicio del Sr. FUENTES, las serventías son vecinales; extremo éste que no es compartido por el Sr. REBOLLEDO VARELA, quien sostiene que la serventía no es vecinal porque es propiedad privada, de uno o de varios comuneros.

Y no habiendo más asuntos que tratar, siendo las 20:01 horas del mismo día, se levanta la sesión de la que yo, el Secretario, con el V.º B.º del Sr. Presidente, doy fe.

CONCLUSIONES DE LA SECCIÓN:

Conclusiones que la Sección Tercera somete al Pleno del Congreso para su aprobación, si procede.

PRIMERA.– En relación con las formas constitutivas de la servidumbre de paso:

1. La necesidad de abordar una nueva regulación de la servidumbre de paso en la Ley de Derecho civil de Galicia adecuada a nuestra realidad social.

2. La procedencia de la modificación del artículo 25 de la Ley de Derecho civil de Galicia para hacer referencia, dentro de las formas adquisitivas de la servidumbre, a los negocios jurídicos unilaterales. Se acepta como redacción del artículo 25 la del artículo 82 del borrador de la reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia: "a servidume de paso adquírese por lei, por dedicación do dono do predio servente, ou por negocio xurídico. Tamén pode adquirirse por usucapión".

3. Dejar expresa constancia de la necesidad de que se refleje legislativamente que el consentimiento del dueño del predio sirviente, a los efectos constitutivos de la servidumbre de paso, puede exteriorizarse, tanto de forma expresa como tácita, a través de actos o hechos concluyentes.

4. La posibilidad y conveniencia de utilizar como técnica legislativa, en la anunciada reforma de nuestra Ley de Derecho civil de Galicia, la

presunción *iuris tantum* de la existencia del título constitutivo de la servidumbre de paso. En este sentido no se ve inconveniente en aceptar la fórmula prevista en el borrador de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia, que considera como tal "se o propietario dun terreo procede ao peche deste, respectando o camiño e o tránsito que por el se veña realizando e deixando o paso na súa parte exterior".

5. Presunción *iuris tantum* de la existencia del título constitutivo de la servidumbre en los supuestos de finca enclavada sin otra salida a la vía pública, y cuyo uso continuo se venga utilizando a la vista, ciencia y paciencia del titular del predio sobre el cual se realiza el paso, sin perjuicio, en su caso, del derecho de éste a reclamar la correspondiente indemnización, salvo prescripción.

6. El ejercicio de la acción constitutiva de la servidumbre forzosa de paso no exige la necesidad, a los efectos de la adecuada constitución de la relación jurídica procesal, de la interpelación de todos los titulares de las fincas colindantes, quedando el litisconsorcio perfectamente constituido con el llamamiento al proceso de aquellos propietarios en cuyas fincas concurran los requisitos de menor distancia y perjuicio, a los efectos de la valoración judicial de tales circunstancias.

SEGUNDA.– Sobre la acción negatoria de servidumbre de paso:

Se propone establecer un plazo de prescripción de la acción de treinta años.

TERCERA.– En relación con la servidumbre forzosa de paso:

1. Se considerará finca enclavada la que carece de acceso suficiente a camino público transitable atendiendo a las necesidades permanentes de explotación, uso y disfrute del predio, conforme al destino económico que tenga en el momento de solicitarse la imposición de la servidumbre de paso, sea rústico, urbano, industrial o comercial, siempre que el acceso solamente sea posible a través de otros predios de ajena pertenencia que los separan de camino público, y sobre los que el legitimado para pedir la constitución de la servidumbre carece de otro título que le permita a él y a los usuarios del fundo efectuar el tránsito.

2. El propietario, el copropietario, el poseedor en concepto de dueño y el titular de un derecho real de uso y disfrute de una finca enclavada entre otras ajenas podrá exigir la constitución forzosa de servidumbre de paso por los predios vecinos.

3. Si adquirida una finca por venta, voluntaria o no, permuta, partición o cualquier otro título oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, quedare enclavada entre alguna del transmitente o partícipe, éste y sus causahabientes, sean a título universal o particular, están obligados a constituir servidumbre de paso sobre los predios sin indemnización, salvo que respecto de ésta se hubiese pactado lo contrario. En el supuesto de que la servidumbre no se hubiese establecido en el momento de la

enajenación o división, podrá exigirse su constitución forzosa.

4. El propietario del fundo sirviente podrá solicitar la extinción de la servidumbre forzosa si el paso deja de ser necesario para el predio dominante por haberlo reunido su dueño a otro que esté contiguo a camino público o se haya abierto uno nuevo que dé acceso a la finca enclavada, devolviendo lo que hubiese recibido por indemnización. A estos efectos, se considerará servidumbre forzosa la constituida por negocio jurídico, signo aparente o usucapión, si en el momento de su constitución o adquisición el predio dominante estuviera enclavado. Igualmente se considerará a tales efectos servidumbre forzosa la constituida voluntaria o judicialmente como consecuencia del enclavamiento del fundo posterior a la enajenación o división.

CUARTA.– En materia de serventías:

1. Necesidad de establecer –quizá plasmándola legislativamente– una clara distinción entre las dos posibles figuras o tipos de serventía: serventía común o general y serventía alternativa de agra, o de año y vez, en denominación doctrinal, que se presenta como primitivo tipo específico y autóctono de esta Comunidad.

   Con tal finalidad, parece oportuno intentar establecer una definición lo más rigurosa y clara posible, en la que se contengan los caracteres fundamentales de las dos figuras o tipos indicados.

   Para ello, y tomado en consideración las aportaciones que, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, se han venido formulando hasta el momento presente, se proponen las definiciones contenidas en la ponencia.

2. Necesidad de establecer, en conexión con lo indicado anteriormente, dos distintos tipos de presunciones, una para la serventía común o general; y otra, para la serventía alternativa de agra.

   Tal propuesta encuentra su justificación en las diversas características que, como ya se ha indicado, concurren en ambos tipos separándolas. Su redacción se sugiere en los términos transcritos en el apartado correspondiente de la ponencia presentada, atendiendo a las definiciones que para ambas figuras se han formulado.

3. Oportunidad de sugerir al legislador gallego, en el supuesto de que el mismo procediese a efectuar una revisión o reforma de la vigente Ley de Derecho civil de Galicia, la toma en consideración de determinados aspectos, que incidirían sobre la regulación jurídica sustantiva y procesal de la serventía en sus dos variantes (serventía común o general y serventía alternativa de agra), y de las que se carece de norma al efecto.

   Entre dichos aspectos, a título ejemplificativo, se señalan los siguientes posibles:

   – Relaciones jurídicas de uso y aprovechamiento de las serventías por sus

cotitulares.
- Formas de constitución y extinción de ambas figuras o tipos de serventía.
- Posibilidad de variación o cambio del trazado originario de la serventía (*ius variandi*).
- Régimen de gastos: criterios de toma de decisiones en torno a los mismos y medida de reparto.
- Acciones ejercitables en materia de serventía.

QUINTA.– En relación con las distancias en las plantaciones:

Teniendo en cuenta la comunicación del Sr. VARELA FRAGA, en cuanto a distancias en las plantaciones, en la que se hace referencia a la fijación de distancias por los ayuntamientos a través de ordenanzas, se acuerda proponer al Pleno, por unanimidad de la sección, la conveniencia de introducir los necesarios elementos legislativos de imperatividad y en orden a una mayor uniformidad de las ordenanzas en materia de distancias, armonizándolo con los usos y costumbres.

SECCIÓN CUARTA

«MANUEL ARTIME PRIETO»

MONTES

SUMARIO:

I.– PONENCIA: I. OS MONTES VECIÑAIS EN MANCOMÚN.– Situación actual.– Análise da regulación xurídica: 1. Concepto.– 2. Natureza.– 3. Orixe e evolución histórica.– 4. Comuneiros.– 5. Elemento obxectivo.– 6. Réxime xurídico.– 7. Situacións especiais.– 8. A clasificación dos montes e os seus efectos.– 9. A organización das comunidades.– 10. Estatutos.– 11. Aproveitamentos.– 12. Relación da Administración.– 13. Protección e xestión cautelar.– 14. Extinción.– 15. Fiscalidade.– 16. Indicacións para unha nova regulación.– II. OS MONTES EN COMUNIDADE DE TIPO ROMANO.

II.– COMUNICACIONES:

- "Montes vecinales en mano común: su tratamiento registral", por D. FRANCISCO CORRAL DUEÑAS.
- "A titularidade dos montes veciñais en man común e a esixencia legal de realizar algunha actividade relacionada co monte", por Dña. CARMEN FERNÁNDEZ SANTIAGO.
- "Montes vecinales en mano común", por Dña. ISABEL JULIA GONZÁLEZ DORREGO.
- "La problemática de los linderos de los montes vecinales en mano común", por D. IGNACIO LÓPEZ–CHAVES CASTRO.
- "Las comunidades de montes vecinales en mano común. Su especialidad fiscal", por Dña. M.ª MILAGROS SIEIRO CONSTENLA.

III.– ACTAS DE LAS SESIONES Y CONCLUSIONES:

I

PONENCIA

RELATORES:

NEMESIO BARXA ÁLVAREZ
ANTONIO DÍAZ FUENTES
ALFONSO GRANDE PÉREZ
José GONZALO DE LA HUERGA FIDALGO
JOSÉ ANTONIO LÓPEZ GRAÑA
JUAN RAPOSO ARCEO
MARÍA JOSÉFA RUIZ TOVAR
MANUEL SOUTO CACABELOS

I. OS MONTES VECIÑAIS EN MANCOMÚN.

SITUACIÓN ACTUAL[1]:

Podería salientarse que a regulación xurídica actual se debe ao labor, fundamentalmente, da xurisprudencia galega, sobranceando o papel que historicamente desempeñou, e actualmente desempeña, tanto a antiga Audiencia Territorial da Coruña, coma o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia.

ANÁLISE DA REGULACIÓN XURÍDICA:

1. CONCEPTO:

Entendemos que deben subliñarse catro caracteres básicos:

Primeiro.– O seu carácter exclusivo e intrinsecamente privado. O monte é dos veciños e de ninguén máis. Tal singularidade, en canto á titularidade, debería salientarse en toda definición de monte.

Segundo.– É unha institución especificamente galega. Se ben existen en España outras formas de titularidade colectiva no ámbito rural, ningunha acada a importancia, nin o raizame que caracteriza a esta institución en Galicia.

Terceiro.– A súa definición debe realizarse en positivo, e non con base en exclusións. Por tanto deberán salientarse as súas dúas notas caracterizadoras básicas: a titularidade colectiva e o seu aproveitamento en común.

---

[1] A ponencia acepta a descripción que se contén no informe sobre o particular de D. ÁNGEL ROMERO, enxeñeiro de montes.

E compre precisar ambas cuestións: a titularidade colectiva atribúeselle á "comunidade", integrada polos veciños (definidos nos termos que logo veremos), e o aproveitamento debe ser común, modulándose a nota do carácter "consuetudinario", que puidese describirse como "aproveitamento que consuetudinariamente de forma inmemorial se viñese producindo, ben orixinariamente, ben posteriormente, de forma continuada".

Tendo en conta o anterior, estimamos que sería necesaria unha redefinición da institución, que tivese en conta todo o antedito, e ademais que engadise que tal conceptuación do monte existiría:

- Con independencia da caracterización xeomorfolóxica do monte.
- Calquera que fose o seu destino.

2. NATUREZA:

Podería caracterizarse o monte como:

- Unha titularidade da comunidade veciñal.
- Dun ben privado.
- Aproveitamento común.
- Aproveitamento consuetudinario inmemorial, en forma orixinaria, ou posteriormente, de forma continuada.
- A súa titularidade é sempre sen cotas de ningunha clase.
- Indivisible.
- Imprescritible: "ad intra" e "ad extra" da comunidade titular[2].
- Inalienable.
- Inembargable.

3. ORIXE E EVOLUCIÓN HISTÓRICA:

Podería suprimirse toda mención a tal cuestión nunha nova regulación sobre a institución. Se tivo sentido historicamente, xa o cumpriu e, hoxe, normativamente, non engade nada tal mención á caracterización do monte.

4. COMUNEIROS:

É necesario precisar o concepto. Poden ser útiles para tal efecto os parámetros seguintes:

- Residencia de feito. A "veciñanza" podería ser entendida como un concepto exclusivamente "fáctico", e nunca administrativo. En todo caso, a inclusión en calquera censo oficial sería un indicio de proba.
- Adquisición de tal condición polo feito da residencia. Non esixencia de prazo previo para formar parte da comunidade, se ben podería esixirse un número mínimo de anos para ser membro dos órganos de goberno da comunidade.

---

[2] Quizais fose conveniente determinar dalgunha maneira un posible límite a tal imprescritibilidade. *V. gr.* indicando o límite da "inmemorial" de cen anos.

- Indiferencia da profesión de quen ten a condición de veciño.
- Vinculación dalgunha forma á "casa". O número de membros da comunidade non debería vincularse ao de persoas que son "veciños", senón ao de casas. De tal forma, que cada casa (cada "lume") tivese a súa representación na comunidade, deixando a determinación desta ao criterio da Asemblea Xeral ou á súa fixación estatutaria.
- Perda da condición polo feito de deixar de residir.
- Circunstancias especiais: terá de terse en conta a situación dos "emigrantes", que non determina a perda da condición; nin se produce alteración polo feito de que por razóns laborais se abandone estacionalmente o lugar onde radica o monte.
- Exclusión da condición de comuneiros, de quen teña unha segunda residencia.
- Sería interesante utilizar un criterio similar ao da lexislación fiscal (183 días), para efectos de determina–la condición de residente.

5. ELEMENTO OBXECTIVO:

O anteproxecto de Lei de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia establece no seu artigo 32.2.b que: "Tamén quedan incluídos nesta categoría (solo rústico de protección forestal) os montes públicos e os montes veciñais en mancomún, en tanto non se declare a súa desafectación pola Administración competente".

A regulación indicada parte da cualificación dos montes veciñais como "solo rústico" e, dentro del, na subcategoría de "especialmente protexido", especie "de protección forestal".

Parece evidente que o "monte veciñal" é solo rústico, pero a identificación co aproveitamento forestal, decepa múltiples opcións de aproveitamento (agrícola, pecuario, cinexético, turístico, de producción de enerxías anovables, etc.). Por tanto sería necesario precisar tal cuestión, obviando tal restricción.

O termo desafectación utilizado no anteproxecto de Lei de ordenación urbanística e protección do medio rural enténdese improcedente, porque, en primeiro termo, non se pode desafectar propiedades que son privadas. Se o que se quere dicir é que se deixa sen efecto a calificación do monte veciñal como tal non podería facerse, en principio, ao tratarse dun acto administrativo firme.

6. RÉXIME XURÍDICO:

Entendemos que se produce un encerramento excesivo da comunidade que, se por un lado ve protexido o monte coa caracterización antedita, por outra restrinxe tanto as posibilidades de aproveitamento que, na praxe, fosiliza o monte.

Por todo isto, debera de terse en conta que, salvo basicamente as comunidades periurbanas e algunhas que son rendibles (*v. gr.* con aproveitamentos de canteiras), a maioría das comunidades veciñais encóntrase nunha difícil situación, tanto económica, coma mesmo demográfica, cun alarmante descenso dos seus membros. Por tanto, consideramos que estas formas de propiedade comunal, deberan

de recupera–lo seu papel histórico de fonte de ingresos da comunidade e factor que dinamice a vida delas. Por tanto, faise necesario un réxime menos tuitivo, menos restrictivo, e que favoreza a súa actividade empresarial, aproximándoa, en parte, ás entidades con ánimo de lucro, con salvagarda da súas especialidades. En particular, en materia de réxime xurídico, poderían introducirse as seguintes innovacións:

1.– Potenciación da capacidade xurídica da comunidade. As comunidades de montes, pola súa configuración singular, e o seu difícil encaixe coa lexislación hipotecaria, vense impedidas en ocasións (fundamentalmente polos rexistradores), de realizar actos de adquisición de bens inmobles. Podería por tanto ser positivo un recoñecemento explícito da súa posibilidade de adquisición de todo tipo de bens, mobles e inmobles.

2.– O dereito de superficie haberá de ser regulado doutro modo. Tendo en conta a inembargabilidade do monte e a necesidade de financiamento das comunidades titulares faise preciso buscar un mecanismo que permita asumir riscos financieiros ás entidades crediticias. Por tanto, e tendo en conta a esixencia de formalización en documento público e a súa inscrición rexistral, debe de suprimirse o límite de trinta anos, posibilitándose prórrogas sucesivas; e en especial, debe incrementarse o tempo de duración do dereito de superficie cando nos encontremos ante aproveitamentos forestais.

3.– Deberan incrementarse as restriccións á permuta de terreos, que entendo deberan de reducirse ós tendentes a excluír "localizacións" particulares nestes montes, permutándoos por terreos situados na súa liña perimetral.

7. SITUACIÓNS ESPECIAIS:

Consorcios: entendemos que se debe proceder á súa derrogación por ser notablemente daniños para as comunidades, ademais de responder a un modelo de relación coa Administración que debe de entenderse periclitado.

8. A CLASIFICACIÓN DOS MONTES E OS SEUS EFECTOS:

Sería preciso, a xuízo da ponencia:

1.º Instar á Administración a que nun prazo determinado se ultimen definitivamente a clasificación dos montes que quedan pendentes de tal acto administrativo.
2.º Transcorrido o prazo débese proceder á supresión dos xurados, para efectos de obviar a dualidade xurisdiccional que na materia ten sido xeradora dunha gran litixiosidade.
3.º Creación dunha institución, co modelo de "Axencia", ou "Ente Público consorcial", que asuma funcións en materia de promoción, desenvolvemento, e clasificación residual do monte.

9. A ORGANIZACIÓN DAS COMUNIDADES:

É necesario reestructurar tal organización:

1.º Obrigatoriedade de elaboración de relacións de comuneiros, que se incorporarán ao libro de actas da comunidade, e que se actualizarán con carácter bianual, e en todo caso, antes das eleccións á xunta rectora.
2.º Reducción de quorum de convocatoria en asembleas extraordinarias: do 20 por 100 ao 10 por 100.
3.º Reducción do tempo entre constitución en primeira e segunda convocatoria: de dúas horas a trinta minutos.
4.º Reducción de quórum de constitución en primeira e segunda convocatoria: do 50 por 100 e 25 por 100, a 20 por 100 e ningún quórum.
5.º Modificación da forma das notificacións de convocatorias: realizaranse mediante anuncios situados no taboleiro da casa do concello, no da igrexa parroquial e nos lugares en que usualmente se realicen anuncios de actuación públicas (paradas de autobuses, locais sociais, etc.); sen prexuízo da súa publicidade en prensa ou medios de difusión local ou rexional, se así se estimase conveniente.
A comunidade poderase constituir en asamblea cando, estando tódolos comuneiros presentes, así o acordaren.
6.º A delegación de voto terá que realizarse por escrito, no que constará identificación de representante e representado, e acreditarase antes do inicio da respectiva asemblea, e debe quedar constancia documental no libro de actas, ben directamente ou mediante anexo.
7.º Reforza–las funcións da xunta rectora. É necesario dinamiza–lo monte. Por tanto, ou se lle atribúen funcións, similares ós consellos de administración das entidades mercantís, ou se atribúe a xestión a un órgano á marxe da comunidade: xestor.
É necesaria a profesionalización.
8.º Aplicación das salvagardas da normativa de contratación das administracións públicas á contratación realizada polas comunidades. En especial, esixencia de tres orzamentos cando o volume do contrato supera os 12.002 euros, e esixencia de publicidade, e concurso, cando sobarde os 30.005 euros.

10. ESTATUTOS:

1.º Cabería esixir un modelo predeterminado que habería de ser elaborado pola consellería competente.

2.º Nos estatutos poderán introducirse especificamente limitacións relativas a dereitos de aproveitamento a partir da adquisición da condición de comuneiro, cun límite máximo de cinco anos.

3.º A modificación estatutaria debería ver reducido o "quórum" para a súa aprobación do 50 e 30 por 100 ao 30 e 20 por 100.

11. APROVEITAMENTOS:

1.º Os aproveitamentos do artigo 22 da Lei 13/ 1989, de 10 de outubro, non poden te–lo prazo máximo actual de duración de once anos, senón que deberan reducirse a dous anos e ser susceptibles de prórrogas sucesivas

bianuais, que non deben superar nunca os seis anos.

2.º Deben de fixarse "quórums" especiais para a aprobación de aproveitamentos que afecten á propia natureza do monte: *v. gr.* extractivos de canteiras; ou que teñen notorio impacto ambiental. Estimamos que o quórum debe de se–lo mesmo que para a modificación estatutaria.

12. RELACIÓN DA ADMINISTRACIÓN:

É preciso que a Administración, en relación cos montes veciñais en man común, artelle as seguintes actuacións:

1.º Ultima–la clasificación dos montes.
2.º Proceder a un inventario deles.
3.º Deslinde de oficio, ou a instancia da comuniade, a cargo da consellería competente na materia.
4.º Elaboración real dun plan de aproveitamentos.
5.º Na medida do posible, dotacións orzamentarias para fomenta–la explotación dos montes.
6.º Desenvolvemento de actuacións formativas das comunidades e subministración de apoio.
7.º Derrogación de oficio dos consorcios, condonando toda posible débeda ás comunidades.
8.º Artellamento dunha gardería forestal eficaz, colaboradora coas comunidadades, e non con funcións exclusivamente de policía.

13. PROTECCIÓN E XESTIÓN CAUTELAR:

Solicitar unha real e efectiva actuación en tal sentido. Cando o monte está nunha situación de abandono, proceder á adopción das medidas pertinentes para resolve–la situación. Non se trata de modificación normativa neste campo, canto de verdadeira vontade de actuar e fomenta–lo desenvolvemento das comunidades.

14. EXTINCIÓN:

O artigo 20 da vixente Lei 13/ 1989, de 10 de outubro, debe de ser modificado, para cohonestalo coa lexislación estatal na materia, e co Código civil. En efecto, desaparecida a comunidade titular e pasado un número de anos, que estimamos que non debe ser superior a dez, pasarán á parroquia, e subsidiariamente os montes pasan a ser titularidade da Comunidade Autónoma de Galicia. A recomposición da comunidade veciñal desaparecida leva consigo, dada a súa imprescritibilidade, a recuperación do monte.

15. FISCALIDADE:

Só sobre o aproveitamento, e como calquera comunidade.

16. INDICACIÓNS PARA UNHA NOVA REGULACIÓN:

1.– Estímase conveniente a aprobación de normativa legal de carácter

disciplinario para dar cobertura ás posibles regulacións estatutarias sobre esta materia a exercer pola xunta rectora sobre os membros da comunidade.

2.– Creación do Consello de Montes de Galicia. Trataríase dun organismo con personalidade xurídica propia, incardinado dentro da Administración institucional independente, con estructura, composición e funcións, que se detallan na proposta que se expresa a continuación:

Consello de Montes de Galicia

Os montes veciñais, en comunidade romana ou xermánica, perténcenlles obviamente ós veciños e non a ningún ente público territorial dos que apareceron en Galicia na terceira década do século XIX, cando eses montes levaban na súa configuración xurídica moitos séculos de andaina; así e todo, esa pertenza particular non pode agocha–la realidade de que pola súa extensión territorial, polas súas posibilidades económicas, polo seu valor ambiental constitúen un elemento de gran transcendencia para o país galego e os seus intereses xerais; prodúcese, xa que logo, unha situación de presencia do que hoxe se coñece por todos como unha función social da propiedade, que induce ao ordenamento xurídico a dictar normas tendentes a darlle entrada na regulación dos seus contornos, sen por iso destruí–los dereitos dos propietarios, mais reconducindo o exercicio destes, que fora descoñecedor desa transcendencia, e remediando os casos nos que se produza un abandono.

Encomenda–la consecución das esixencias desa función social, coma ata agora veu sucedendo, ao coidado de organismos administrativos de carácter técnico, supón esquece–la capacidade dos que resultan verdadeiramente cualificados para tomar decisións nos aspectos públicos (territorial, económico e ambiental) ós que vimos de facer mención, decisións que efectivamente levarán despois á práctica, nas concretas liñas nelas marcadas, os profesionais técnicos que correspondan.

Diante diso, xurde a idea de que sería precisa a creación dun organismo colexiado composto de coñecedores dos diversos campos antes referidos, organismo non numeroso na súa composición para conservar unha rápida capacidade decisoria e independente na súa actuación e toma de resolucións, para que fose un verdadeiro organismo de país, que podería chamarse Consello de Montes de Galicia, encadrado na chamada Administración institucional independente, composto de cinco membros de cualificado coñecemento na materia, nomeados para cinco anos prorrogábeis, cun secretario e dúas asesorías, a xurídica, desenvolvida polo secretario, ademais das súas funcións propias, e a técnica de carácter forestal; por suposto, cos medios precisos para desenvolve–las tarefas que ao referido Consello se lle asignan. As funcións dese Organismo poderían se–las seguintes:

– Inventario de tódolos montes, quer os en mancomún, quer os de

propiedade romana, con detallada identificación física de cada un.

- Proposta da unidade mínima forestal.
- Cualificación dos montes en mancomún; a súa delimitación territorial; e aprobación dun estatuto modelo para os que, requiridos os seus titulares, non o aprobasen.
- Declaración formal, con audiencia dos interesados, do estado de abandono dun monte veciñal.
- Xestión dos montes veciñais declarados en abandono, que lles será devolta ós interesados de presentar un plan racional de explotación. A xestión dos montes en estado de abandono sería ofrecida previamente á parroquia, cando se tratase dun monte dun ou varios lugares dela.
- Proposta de planeamento forestal xeral dos montes veciñais. Tamén o de cada monte veciñal, cando non for programado polos interesados, previamente requiridos.
- Formación do proxecto anual de orzamento sobre os investimentos derivábeis dos referidos xestión, planeamento e demais funcións que ao Consello competen.

O nomeamento dos vocais do Consello poderíase encomendar à elección do Parlamento en maioría cualificada. A entrada en funcións do Consello suporía a supresión dos actuais xurados provinciais na materia.

II. OS MONTES EN COMUNIDADE DE TIPO ROMANO:

Coñecidos comunmente como montes de varas, de voces ou de fabeo, corresponden a comunidades con cotas, nas que tanto o monte coma as cotas son alleables, divisibles e susceptibles de prescrición.

Deberán rexerse polo costume do lugar, e subsidiariamente pola lei.

Ao ser polo xeral aplicable, no réxime desta comunidade, o retracto de comuneiros deberá excluírse cando as participacións do monte se allean xunto cun casarío do lugar. A división realizarase por cotas acreditadas e, no seu defecto, a partes iguais.

A ponencia recomenda a fixación de unidades mínimas forestais que eviten a excesiva fragmentación destes montes, xa que o destino forestal reclama unidades moi superiores ás ordinarias de terras de cultivo agrícola.

II

COMUNICACIONES

MONTES VECINALES EN MANO COMÚN: SU TRATAMIENTO REGISTRAL

Francisco Corral Dueñas
Doctor en Derecho y Registrador de la Propiedad

SUMARIO: I. El tema de la conservación de la naturaleza.– II. La especialidad de los montes vecinales.– III. La inscripción de estos montes: A) Ingreso en el Registro de los montes vecinales: *a) Inmatriculación; b) Inscripción existiendo asientos contradictorios; c) Anotación preventiva de iniciación del expediente*. B) Inscripción de deslindes y amojonamientos. C) Titularidad. D) Título y circunstancias. E) Los estatutos y su publicidad.– IV. Otros actos inscribibles sobre montes vecinales: A) Cesión. B) Expropiación y servidumbres. C) Derecho de superficie. D) Permutas. E) Gravámenes.– V. Efectos protectores de la publicidad registral.– VI. Conclusión.

I. El tema de la conservación de la naturaleza:

La protección y conservación de los recursos naturales ha adquirido una importancia vital en nuestros días hasta constituir una preocupación universal, porque la humanidad consume de modo creciente bienes que la naturaleza no puede seguir suministrándole sin límites. Estos recursos no sólo han de ser cuidados convenientemente, sino que más bien procede su renovación urgente en lo posible.

Ya en la conferencia sobre el medio humano celebrada por la ONU en Estocolmo en 1972, se declaró que el hombre ha adquirido el poder de transformar de innumerables maneras y en una escala sin precedentes cuanto le rodea y que los dos aspectos del medio humano, el natural y el artificial, son esenciales para el bienestar y el goce de los derechos humanos fundamentales, incluido el derecho a la vida. En consecuencia, la protección y el mejoramiento del medio humano es una cuestión que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo.

Entre las recomendaciones aprobadas en el congreso se propugnaba la planificación para ordenar la conservación, restauración y mejora de la capacidad de la tierra para producir recursos vitales renovables y se recomendó a la FAO y demás organismos internacionales que incluyan en sus programas las cuestiones referentes a la ordenación y aprovechamiento del espacio rural en relación con la política del medio humano.

La doctrina científica viene igualmente estudiando los aspectos técnicos y jurídicos del problema. En julio de 1976 la Asociación Española de Derecho Agrario organizó unas Jornadas Iberoamericanas y Europeas de Derecho Agrario que se celebraron en Zaragoza y Jaca. Los trabajos fueron publicados en 1977 por la Universidad de Los Andes de Mérida, Venezuela, y en ellos podemos ver que la idea central que allí se expresó es que la naturaleza es armoniosa y organizada y que todo lo que existe en ella es para el hombre y su sustentación; pero el hombre está dotado de un gran poder destructivo que viene utilizando desde la prehistoria y este poder ha aumentado desmesuradamente en los últimos tiempos con el desarrollo de la técnica; y, para su perjuicio, el aumento del poderío destructor no se ve limitado o controlado debidamente por sistemas sociales[1]. Por eso se concluyó que era precisa una regulación jurídica del tema como cuestión inaplazable.

Actualmente, casi todos los países tienen ya una legislación protectora de la naturaleza. En España, la Constitución se ocupa del tema en el artículo 45, donde se dispone en el párrafo 1.º que todos tienen derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, teniendo a su vez el deber de conservarlo. Y en el párrafo 2.º se dice, que los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

El tema del medio ambiente es amplísimo. Hemos de acotarlo diciendo que aquí nos referimos tan sólo a los montes y, dentro de ellos, a la especialidad que nos interesa de los vecinales en mano común, resaltando sobre todo el importante papel que desempeña el Registro de la Propiedad en su protección, tanto en el aspecto de cuidar el medio ambiente como en defender la titularidad privada de las comunidades.

Es un dato constatable que tanto la Administración como los particulares acuden cada vez más a la publicidad registral como pieza básica para conseguir los fines económicos y jurídicos propuestos. Porque el Registro tiene una doble faceta que consiste, por un lado, en proteger a los particulares proporcionándoles seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario; por otro, destaca su aspecto social en cuanto puede servir de base, para conservar las realizaciones en favor de la comunidad en general.

No es, ni mucho menos, tan sólo un simple baluarte en defensa de una concepción cerrada y privatista del dominio, sino que tiene una proyección social indudable que, en este caso, puede suponer un elemento importante para determinar una efectiva política de defensa de la inapreciable riqueza forestal.

Dando por supuesto el aspecto primario social del mantenimiento de la masa forestal en general, que compone la defensa del medio ambiente, el Registro de la Propiedad organiza además de modo especial la defensa de los montes vecinales en mano común. Primero, frente al afán absorbente de los órganos administrativos,

---

[1] Ver, en este sentido, la ponencia del profesor RAMÓN VICENTE CASANOVA, "El Derecho Agrario y los recursos naturales renovables", pp. 33 y ss. del tomo indicado antes.

especialmente los municipales, ya que se trata de dejar a salvo el carácter de comunidades esencialmente privadas; por otro lado, y dentro de esta privacidad, veremos cómo los asientos garantizan el dominio y regulan el aprovechamiento de estas fincas.

La Ley de Montes de 1957 y su Reglamento de 1962 ya reconocieron la especialidad de estas comunidades vecinales y su regulación se perfiló, aunque incompletamente, en la Compilación de Derecho civil de Galicia de 1963. Después vinieron varias leyes especiales sobre estos montes, hasta la última, que es la autonómica de 10 de octubre de 1989, que es la que habremos de estudiar con mayor detenimiento, aunque enfocándola solamente bajo el prisma que nos interesa de la protección que puede proporcionar el Registro de la Propiedad a estas propiedades peculiares.

Dicha Ley de 1989 ha sido desarrollada por el Reglamento aprobado por Decreto autonómico 260/1992, de 4 de septiembre, que consta de 62 artículos, divididos en ocho títulos que se refieren a los conceptos básicos, actos dispositivos sobre estos montes, clasificación de los mismos, órganos de gestión y representación, régimen de los aprovechamientos, deslindes y amojonamientos, registro administrativo e infracciones. Este Decreto no deroga expresamente al anterior Reglamento de 1970, por lo que pueden considerarse vigentes los preceptos de éste que no se opongan a la nueva reglamentación.

II. La especialidad de los montes vecinales:

La modalidad de estos montes se da no sólo en Galicia sino también en otras zonas del norte de España desde tiempo inmemorial y bajo la titularidad de unas comunidades que son sus propietarias[2]. La peculiaridad reside en que esa titularidad está ligada al carácter de vecinos de determinados núcleos de población rural como las parroquias, aldeas, lugares, caseríos, barrios u otros similares que no están constituidos formalmente como entidades municipales.

La más reciente definición legal nos la proporciona el artículo 14 de la Ley autonómica 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia, al decir que *"son montes vecinales en mano común, y se regirán por su legislación específica, los que, con independencia de su origen, de sus posibilidades productivas, de su aprovechamiento actual y de su vocación agraria, pertenezcan a agrupaciones vecinales en su calidad de grupos sociales, y no como entidades administrativas, y vengan aprovechándose consuetudinariamente en régimen de comunidad sin asignación de cuotas por los miembros de aquéllas en su condición de vecinos con casa abierta y con humo"*.

Esa Ley específica por la que se rigen es la vigente de 10 de octubre de 1989, la cual en su artículo 1.º destaca esas características esenciales de estos montes vecinales. En primer lugar, la pertenencia a agrupaciones de vecinos, consideradas en su aspecto saliente de grupos sociales particulares y no como entidades

[2] Puede verse la Ley de 26 de marzo de 1990, de aprovechamientos de montes de Cantabria. En Asturias lo trata la Ley autonómica de 21 de julio de 1989 (arts. 81 a 84).

administrativas y que el aprovechamiento se verifique en régimen de comunidad en mano común, que no admite la asignación de cuotas fijas; tal aprovechamiento se atribuye a los miembros de la comunidad tan sólo en razón de su vecindad efectiva que gráficamente se traduce en la expresión de tener "casa abierta y con humo".

Estos montes son, según el artículo 2.º de la Ley, indivisibles, inalienables, imprescriptibles e inembargables, aunque existen algunas excepciones, como veremos después.

La propiedad de estos montes es de naturaleza privada, según se afirma rotundamente en el artículo 3.º de la Ley, lo que se recalca para evitar toda duda o concomitancia con otras figuras, como pueden ser los bienes comunales regulados por la legislación municipal y que tienen carácter público. Por eso al insistir en que es propiedad privada, se incluye en dicho artículo 3.º de la Ley el expresivo inciso que indica esta cualidad "con independencia de su origen". Con ello se orilla la discusión que pretendía atribuirles distinta naturaleza pública o privada, según su procedencia. Los autores[3] han considerado una triple posibilidad: para unos son montes asignados a un núcleo de vecinos en régimen de comunidad germánica cuyo origen se remonta al menos a la época de la Reconquista; otros dicen que hay montes que proceden de la desamortización, que fueron adquiridos del Estado por los vecinos o por persona interpuesta que luego se los revendía a éstos; por último, puede haber montes de procedencia foral, cuyo dominio útil a favor de los vecinos foratarios se unió al directo al redimirse el foro.

Esta formal declaración de la Ley de que se trata de bienes de carácter privado se hace para evitar los problemas que tradicionalmente se presentaron en la práctica de que muchos de estos montes vecinales fueran inscritos indebidamente en favor de los ayuntamientos como bienes municipales; éstos, en su afán absorbente y dada la facilidad de inmatricularlos mediante la certificación administrativa de dominio del artículo 206 de la Ley hipotecaria, no dudaron en poner bajo su titularidad unas propiedades que en modo alguno les pertenecían.

Y es que en verdad, la legislación hasta ahora ha sido proclive a esta confusión. Así, el artículo 89 de la Compilación de Derecho civil de Galicia, de 2 de diciembre de 1963, aun reconociendo la pertenencia de los montes a los vecinos, venía a decir que estaban "vinculados" a los ayuntamientos respectivos. Esta imprecisión, unida a lo dispuesto en la Ley de Montes de 1957, pudo dar pie a estas inmatriculaciones municipales indebidas. Esta injerencia municipal se mantuvo en la Ley 52/1968, de 27 de julio, reguladora de estos montes vecinales, pero no aparecía en la posterior Ley, ya autonómica, de 11 de noviembre de 1980.

En la actual y vigente que es la Ley 13/1989, de 10 de octubre, se afirma rotundamente el carácter privado del dominio de estos montes. En su preámbulo se dice que debe partirse del reconocimiento de la naturaleza privada de estas tierras a

---

[3] Ver el trabajo sobre estos montes de JOSÉ LUIS MONTERO DE BURGOS, en la revista *Montes*, año 1969, pp. 345 y ss., y el de JUAN LUIS CASTRO SOMOZA, "Los Montes en mano común de vecinos de Galicia", en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, octubre de 1966, pp. 457 y ss.

favor de las comunidades vecinales que habitualmente las venían disfrutando, liberándolas de vínculos que las desnaturalizaban, aunque sin olvidar los preceptos constitucionales referentes a la función social de la propiedad para que tales bienes cumplan las necesidades de la comunidad propietaria, así como al interés general de la sociedad y, en consecuencia, se pueda llevar a cabo un mejor aprovechamiento de los recursos.

Esta directa remisión a la función social de la propiedad, plasmada no sólo en el artículo 33 de la propia Constitución, sino también en diversas leyes vigentes, configura el estatuto actual del dominio del suelo y se ha acogido por la generalidad de la doctrina y queda acogida plenamente en la doble faceta del Registro de la Propiedad que hemos apuntado.

Estos montes cumplen una finalidad social en cuanto componentes de los recursos naturales renovables para la mejora del medio ambiente; pero suponen a la vez un conjunto de medios económicos perfectamente valorables y aprovechables en beneficio de sus propietarios que son los habitantes de estas comarcas. Hay, pues, un aspecto social y otro privado de no menor importancia, ambos susceptibles de protección y ésta puede y debe ser proporcionada por los asientos registrales.

Aunque también proclama el carácter privado de estos montes, el nuevo Reglamento de 4 de septiembre de 1992 se caracteriza por acentuar una inadecuada intervención administrativa. Por otro lado, su tratamiento del aspecto registral es parco y a veces desenfocado; dada la mayor categoría normativa de la Ley de 1989, mejor orientada en este punto, a ella seguiremos en nuestro estudio de modo principal.

III. La inscripción de estos montes:

El Registro de la Propiedad tiene por objeto la inscripción o anotación de los actos y contratos relativos al dominio o a los derechos reales que recaen sobre bienes inmuebles, según nos dice el artículo 1.º de la Ley hipotecaria.

Tratándose el de los montes vecinales en mano común de un verdadero derecho de dominio de carácter privado sobre fincas, no hay sólo posibilidad de inscribirlo, sino verdadera obligación, tal como lo expresaba el artículo 37 del Reglamento de estos montes vecinales de 26 de febrero de 1970. Este precepto, que hay que considerar vigente, establecía que todos los actos y contratos inscribibles que tengan por objeto un monte vecinal en mano común serán inscritos obligatoriamente en el Registro de la Propiedad.

Es un caso de inscripción obligatoria, aunque declarativa; pero será además constitutiva en el supuesto del derecho de superficie que se imponga sobre estos montes, como veremos.

Estamos por tanto ante unas relaciones jurídicas perfectamente acogibles a la protección registral, pero tienen las señaladas características especiales de corresponder a una comunidad germánica con indeterminación de cuotas entre sus titulares y que no deben ser confundidas con las dimanantes de los bienes públicos municipales. Con estas pautas trataremos de estudiar las peculiaridades que presentan

estos montes vecinales, tanto para ingresar en los folios registrales como en las fases sucesivas y diversos derechos y situaciones inscribibles, lo que pasamos a ver.

A) Ingreso en el registro de los montes vecinales:

Hemos de distinguir dos posibilidades: que los montes no hubiesen tenido nunca entrada en el Registro, en cuyo caso se trata de una verdadera inmatriculación, o que ya estén inscritos aunque de modo inexacto, frecuentemente como bienes municipales, procediendo entonces la corrección del asiento existente.

a) Inmatriculación:

La Ley hipotecaria establece en su artículo 7 que la primera inscripción de una finca en el Registro de la Propiedad será de dominio y se practicará con arreglo a los procedimientos que al efecto se señalan en su título VI. El primer artículo de este título es el 199 que contempla como medios generales para la inmatriculación el expediente de dominio, el título público de adquisición mediante ciertos requisitos y complementos contenidos en los artículos 205 de la Ley y 298 de su Reglamento, y el acta de notoriedad incorporada al título de adquisición. Puesto que hablamos de montes vecinales, no es aplicable aquí la certificación administrativa del artículo 206, expedida por entes públicos, porque aquí se trata de propiedades privadas.

Aunque no lo diga la Ley hipotecaria, la jurisprudencia y la doctrina reconocen que también tienen valor inmatriculador las resoluciones judiciales firmes en las que se declara la propiedad de bienes inmuebles. Esta posibilidad se recoge de modo expreso en la disposición adicional 1.ª de la Ley de Montes Vecinales de 1989, donde se remite a lo que se disponía al efecto en la anterior Ley de 1980.

Junto a estos medios aplicables en general a todas las fincas, se establece un medio especial para la inmatriculación de los montes vecinales en su Ley vigente y que será el normalmente utilizado en la práctica, tanto por la relativa sencillez e inmediatividad de sus trámites como por su baratura; en efecto, en el artículo 5.c) de la Ley se declara que está exento de los impuestos de transmisiones patrimoniales y de actos jurídicos documentados, siendo además gratuitas la primera inscripción del monte como las cancelaciones que se produzcan con este motivo.

Nos estamos refiriendo, claro es, al expediente especial de clasificación de estos terrenos como monte vecinal que se lleva a cabo por los jurados provinciales competentes y cuyas resoluciones sirven de título inmatriculador suficiente para la inscripción del monte en el Registro de la Propiedad [art. 13.b)]; en el mismo sentido se expresa el artículo 30.b) del citado Reglamento de 1972, diciendo que la resolución del jurado será título inmatriculador una vez haya adquirido la condición de firme.

Los expedientes de clasificación pueden iniciarse de oficio por el propio jurado provincial, o bien a instancia de cualquier vecino, que será lo frecuente; la Ley no dice que este vecino ha de ser interesado, pero es de suponer. Igualmente podrán pedir la iniciación la Consejería de Agricultura, las comunidades parroquiales o vecinales afectadas y en último caso el ayuntamiento en cuyo término municipal se encuentre el monte.

Sigue diciendo el artículo 11 de la Ley que cuando se inicie el expediente de clasificación se le dará publicidad oficial, lo que debe interpretarse como publicación de anuncios en boletines oficiales autonómico y provincial; expresamente se ordena la publicación de edictos en los lugares públicos de costumbre y en los asentamientos de la comunidad vecinal interesada. Habrán de ser oídos cuantos resulten interesados, siendo necesaria la notificación en esta fase inicial del procedimiento a las personas que tengan a su favor inscrito algún derecho que se refiera al monte. A juicio de JOSÉ MANUEL GARCÍA GARCÍA, registrador de Barcelona[4], parece que para poderse cumplir este requisito será preciso aportar al expediente una certificación registral, negativa o no, referente al monte a inmatricular (art. 21 del Reglamento de 1992).

Durante el trámite del expediente de clasificación, sea inmatriculador o contradictorio de otro asiento, se puede proceder a la práctica de una anotación preventiva, según el artículo 11.5 de la Ley; a este asiento nos referiremos después.

Las resoluciones que dicte el jurado provincial pueden ser objeto de recurso de reposición, previo al contencioso–administrativo. Una vez firmes, atribuyen la propiedad del monte a la comunidad vecinal correspondiente, en tanto no exista sentencia firme en contra, dictada por la jurisdicción ordinaria, y sirven de título inmatriculador para la inscripción del monte en el Registro de la Propiedad; para esto último habrán de contener los requisitos precisos según la legislación hipotecaria y que después veremos.

De este modo y en tal caso, los montes que antes no lo estuvieran, pasan a ser inmatriculados, originando su primera inscripción, lo que supone la apertura del correspondiente folio registral (art. 243 de la Ley hipotecaria).

b) Inscripción existiendo asientos contradictorios:

Antes hemos indicado que uno de los problemas frecuentes con que se han encontrado estos montes vecinales consistía en que algunos de ellos aparecían indebidamente inscritos en favor de los ayuntamientos u otros organismos como montes públicos, dada la facilidad de certificar a los efectos del artículo 206 de la Ley hipotecaria; incluidos estos montes en los catálogos o inventarios de bienes municipales, la legislación general de montes les compelía a esa inscripción totalmente inadecuada.

Para remediar estos supuestos de discordancia entre el Registro y la realidad, la Ley de Montes Vecinales de 1968 acudió a la creación de los jurados provinciales, con cierto parecido a los tribunales para la redención de foros, con facultades suficientes para estudiar los problemas planteados y decidir las soluciones pertinentes y adecuadas.

En el caso de que al pretender la inscripción de las resoluciones firmes de clasificación de un monte vecinal existan asientos contradictorios referentes a estas tierras, lo que era frecuente en los montes de origen foral o desamortizados, ya la Ley

---

[4] En nota al artículo 10 de la Ley de Montes Vecinales de 1980, página 667 de su libro *Código de Legislación Hipotecaria*, Madrid, 1990.

citada de 1968, en su disposición transitoria, en forma casi revolucionaria daba eficacia por plazo de diez años a dichas resoluciones firmes para rectificar los asientos opuestos del Registro de la Propiedad, salvo que éstos se hubieran producido en virtud de sentencia firme dictada en el juicio declaratorio correspondiente. En la Ley de 1980 se redujo el plazo de eficacia rectificatoria a cinco años y en la vigente a un año desde la firmeza de la resolución (disposición adicional 1.ª). Naturalmente, la posibilidad de cancelar asientos contradictorios presupone como requisito previo la notificación a sus titulares que ha debido hacerse en la fase inicial del expediente, tal como exige expresamente el artículo 11.2 de la Ley.

De acuerdo con esto, el artículo 13.b) de la Ley vigente de 1989 establece que la resolución firme que atribuye la propiedad a la comunidad vecinal, además de ser título suficiente para inscribir, sirve para resolver sobre las inscripciones total o parcialmente contradictorias que resulten afectadas. Igualmente sirve para excluir el monte del catálogo de los de utilidad pública o del inventario de bienes municipales si figurase en ellos.

Pero una vez transcurrido el plazo de un año de excepcional eficacia cancelatoria de la disposición adicional 1.ª, habrá de estarse a la norma general del segundo párrafo del apartado b) del artículo 13 de la Ley, según el cual si la certificación para inmatriculación del monte (sic) estuviese en contradicción con algún asiento no cancelado, se procederá en la forma prevista en la legislación hipotecaria. Y esta última a la que acude, dedica al respecto el artículo 306 del Reglamento hipotecario, expresamente citado para este supuesto por el artículo 31 del Reglamento de Montes Vecinales de 1992. El artículo 306 del Reglamento hipotecario dispone que los registradores suspenderán la inscripción solicitada, extendiéndose anotación preventiva de esta suspensión si la pidiera el interesado y remitiendo copia de los asientos contradictorios a la autoridad que haya firmado las certificaciones, en este caso el jurado provincial. Este jurado, si lo estima conveniente, comunicará al juez de primera instancia competente cuanto acerca de la finca y la comunidad vecinal titular arroje el expediente de clasificación, acompañado de la copia del asiento remitida por el registrador. El juez dará vista de estos antecedentes a quienes puedan tener algún derecho sobre el monte, según dicho asiento contradictorio, y con su audiencia dictará auto declarando o no inscribible el documento de que se trata.

c) Anotación preventiva de iniciación del expediente:

La regulación legal de esta anotación ha sido y es bastante imprecisa, dando lugar a dudas sobre su naturaleza y efectividad[5]. En las Leyes de Montes Vecinales de 1968 y 1980 se estableció que iniciado el expediente de clasificación, ningún terreno afectado por aquél podrá ser objeto de enajenación, división o gravamen hasta que recaiga la oportuna resolución por el jurado, a cuyo efecto se practicará la correspondiente anotación en el Registro de la Propiedad. Y la Ley de Montes

[5] Puede verse la discusión sobre el tema en el Seminario de Derecho hipotecario de los registradores de Galicia en el resumen publicado bajo el título "La anotación preventiva del artículo 11 de la Ley de Montes Vecinales", en el *Boletín de Colegio de Registradores de la Propiedad*, núm. 84, octubre 1973, p. 731.

Vecinales de 1989 es más imprecisa aún, tanto en lo cronológico como en el contenido del asiento que ordena; así, el artículo 11.5 dice: *"al mismo tiempo, el jurado remitirá testimonio de la resolución al Registro de la Propiedad a los efectos de que se proceda a la anotación preventiva de la clasificación del monte"*. ¿A qué momento se refiere ese "al mismo tiempo"? Parece como si aquí se hablara ya de un monte clasificado y no sólo del momento inicial del expediente; así parece si se relaciona la expresión con el apartado 4 del mismo artículo que ya da el monte por clasificado. Pero la verdad es que no puede tener sentido que se ordene un asiento preventivo o de anuncio cuando se trata de una situación ya terminada y no futura.

Por ello entendemos que la Ley vigente, más imprecisa que las anteriores, no puede querer amparar algo ya firme, sino las consecuencias venideras de la posterior clasificación.

Las anotaciones preventivas, según la propia Exposición de Motivos de la Ley hipotecaria, son asientos que tienden a asegurar ciertos derechos que aunque ya existen, no se hallan en el caso de ser inscritos, bien porque aún no son definitivos o bien porque su verdadera importancia no está aún determinada.

La doctrina registral[6] estudiando los diversos casos en los cuales el artículo 42 de la Ley hipotecaria concede la posibilidad de practicar estos asientos, distingue entre las anotaciones que suponen simplemente una afección sobre los bienes en que recaen al provocar un efecto publicitario y aquellas otras que provocan un cierre registral frente a los actos dispositivos sobre la finca, que ya no se podrían realizar en tanto no se cancele y pierda efecto la cancelación.

En todo caso, la publicidad es la función principal que desempeñan las anotaciones preventivas en su misión de manifestar la existencia de una determinada situación especial que afecta a la finca; de esta forma se evita que entre en juego un tercer adquirente que amparado en el artículo 34 de la Ley hipotecaria, adquiera de buena fe esos terrenos que han de clasificarse como montes vecinales durante la tramitación del expediente, lo que haría inútil la resolución posterior. Estas consecuencias deplorables se pueden y deben evitar mediante esa anotación preventiva previa, que imposibilitaría la alegación de la buena fe por los terceros posteriores.

De ahí que consideremos que el momento idóneo para la práctica de esta anotación preventiva debe ser el de la iniciación del expediente, con lo que se asegura registralmente la eficacia de la resolución que posteriormente recaiga.

Así resulta claramente del artículo 23 del Reglamento de Montes Vecinales de 4 de septiembre de 1992, donde se dispone que iniciado el expediente de clasificación, el jurado acordará que sobre el monte de que se trate se practique en el Registro de la Propiedad una anotación preventiva en la que se haga constar la existencia de la clasificación y que el referido monte pueda resultar afectado por la resolución final del expediente.

---

[6] Puede verse en *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, de JOSÉ MARÍA CHICO ORTIZ, Madrid, 1994, Tomo II, pp. 1077 y ss.

Esta anotación no está regulada expresamente en la legislación registral, pero puede incluirse dentro del supuesto genérico del número 10 del artículo 42 de la Ley hipotecaria, el cual, como un atípico cajón de sastre, permite obtener anotaciones preventivas en los casos señalados por una Ley, que en este supuesto es la de Montes Vecinales.

¿Cuál es la naturaleza y cuáles son los efectos de esta especial anotación?

Podemos distinguir tres supuestos posibles:

1. Si el monte no está inmatriculado y por tanto no existe hoja registral abierta, sólo cabe, por analogía, acudir a la anotación regulada por el artículo 274 del Reglamento hipotecario para el caso de la iniciación del expediente de dominio inmatriculador. Se tratará, pues, de una anotación equiparable a este procedimiento judicial. No parece aconsejable considerarla como anotación de suspensión por el defecto subsanable de no aparecer inscrita la finca por la brevedad de su vigencia; ni los sesenta días normales, ni los ciento ochenta de prórroga posible serían suficientes para terminar el expediente de calificación, con lo que la anotación sería inútil. Por eso optamos abiertamente por la anotación del artículo 274 del Reglamento antes dicha; se trata aquí de un asiento previo que avisa la iniciación de un proceso de inmatriculación y que sólo se extinguirá cuando la clasificación del monte se apruebe, como se establece en el artículo 283 del Reglamento hipotecario para el análogo expediente judicial de dominio.

2. Si el monte aparece inscrito en favor del Ayuntamiento u otro organismo o bajo la titularidad de distintas personas, habrá que notificar el procedimiento de clasificación a dichos titulares, según dispone el artículo 11.2 de la Ley, en el momento inicial del expediente, para que la resolución pueda afectarles según el último inciso del artículo l3.b) y la disposición adicional 1.ª de la Ley. Si en este caso se procede a la anotación preventiva, ésta tiene todas las características y efectos de la anotación de demanda recogida en el numero 1.º del artículo 42 de la Ley hipotecaria, en cuanto que previene no sólo a los titulares afectados, sino también a los que adquieran derechos de éstos durante el expediente.

3. Por último, teniendo en cuenta que estos montes son, según el artículo 2.º de su Ley, indivisibles, inalienables, imprescriptibles e inembargables, parece que esta anotación podría tener, además y en todo caso, los efectos de producir el cierre registral y cabría conectarla con la anotación de prohibición de enajenar del número 4 del citado artículo 42 de la Ley hipotecaria.

De cualquier modo, lo que se pretende y puede conseguirse con la publicidad que el Registro proporciona mediante estas anotaciones es que la situación jurídica existente en el momento de iniciarse el expediente de clasificación se mantenga hasta su finalización, de modo que si en el intervalo se interpone algún tercer adquirente, éste quede afectado y sin posibilidad de alegar ignorancia (art. 32 de la Ley hipotecaria). La publicidad alcanzaría en este caso a todo lo comprendido en el estatuto especial de clasificar las tierras como monte vecinal y a la vez cerraría el Registro a los actos de disposición, división o gravamen vedados por la Ley.

Previa la obtención de la certificación registral de dominio y cargas a que se

refiere el artículo 21 del Reglamento, el instructor del expediente comunicará su iniciación a los titulares afectados y al registrador de la propiedad, interesando la práctica de la anotación preventiva, haciendo constar la existencia del expediente de clasificación y que el terreno referido puede resultar afectado por la resolución final de aquél (art. 23 del Reglamento de Montes Vecinales). Creemos que estas anotaciones están exentas de impuestos de acuerdo con el artículo 13.c) de la Ley de Montes Vecinales.

En cuanto a la duración de estas anotaciones preventivas, una vez que explicamos la no aplicabilidad del exiguo plazo del artículo 96 de la Ley hipotecaria, entendemos que en todo caso debe aplicarse el precepto general del artículo 86 de la misma Ley, o sea, el de cuatro años desde su fecha, prorrogables según el artículo 199 del Reglamento hipotecario si el jurado provincial lo dispone así por otro mandamiento al efecto presentado dentro del plazo de vigencia del asiento inicial.

Lo normal es que tal prórroga no sea precisa, si se atiende a que el artículo 11.3 de la Ley presupone que el expediente de clasificación no debe exceder de un año. Pero puede ocurrir que la tramitación se prolongue, sobre todo si hay recursos; entonces no deja de ser útil y aconsejable acudir a la prórroga para mantener la eficacia de la anotación.

B) Inscripción de deslindes y amojonamientos:

El deslinde ha sido siempre una de las manifestaciones más características usadas por la Administración forestal en defensa de los montes públicos. La Ley de Montes y su Reglamento regulan al efecto un procedimiento especial relativamente expeditivo y que termina con la inscripción registral del acta en que se contienen todos sus resultados detalladamente.

El artículo 53 del Reglamento de Montes Vecinales de 1992 se acoge a estas normas diciendo que el deslinde de estos montes se efectuará por la Administración forestal con arreglo a los mismos requisitos y formalidades vigentes para los montes públicos.

El artículo 35 del antiguo Reglamento de Montes Vecinales de 1970 se remitía expresamente, para el deslinde, a lo establecido al efecto en el Reglamento General de Montes de 22 de febrero de 1962. Para el amojonamiento también concedía competencia a la Administración forestal en su artículo 36. Y en el artículo 37 se declaraba obligatoria la inscripción en el Registro de la Propiedad, tanto del deslinde como del amojonamiento.

La Ley de Montes Vecinales de 1980 atribuyó también, muy escuetamente, a la Administración el cometido de proceder al deslinde y amojonamiento de estos montes, si fuera necesario, en el artículo 14.1.

Y la Ley vigente de 1989 sigue la misma línea, limitándose a señalar que en el expediente de clasificación de estos montes se procederá a su señalización y deslinde, cuya realización se encomienda, de modo gratuito, al competente Órgano Autonómico de Agricultura (arts. 11.4 y 25).

Dada la parquedad de estas últimas normas y la remisión expresa que se hacía en el Reglamento de Montes Vecinales de 1970, habrá que acudir a la normativa forestal general para ver los trámites precisos para llegar hasta el acta que se inscribe en el Registro, según el artículo 30 del Reglamento hipotecario.

Partiendo del principio de que a la Administración forestal, en este caso la autonómica, corresponde exclusivamente la competencia para llevar a cabo el deslinde inscribible en el Registro, en las actas se delimitan detalladamente los linderos de la finca, por sus cuatro puntos cardinales, normalmente siguiendo una línea poligonal, con hitos o mojones, desde los cuales se van marcando los rumbos, con grados, señalando la longitud de cada tramo. Requisito previo a estas operaciones es la citación de todos los interesados y especialmente los titulares registrales de fincas colindantes, exigido tanto por la normativa general de montes como por el artículo 11 de la Ley de Montes Vecinales. Y es que, como dice RAMÓN DE LA RICA[7], las actas del deslinde sólo podrán alterar las inscripciones de los titulares que hayan comparecido en el expediente o al menos hayan sido citados personalmente, pues es preciso evitar indefensiones por ignorancia; de otro modo, sería dejar en manos de la Administración la intangibilidad de unos asientos colocados bajo la salvaguardia de los tribunales por el primer artículo de la Ley hipotecaria.

Como los trámites del deslinde suelen ser largos y a veces transcurre tiempo suficiente para que los dueños de las fincas afectadas o colindantes puedan realizar transmisiones fraudulentas con el objeto de colocar un adquirente en la posición de tercero protegido inatacable, la legislación de montes previene también aquí un sistema de anotaciones para proteger la efectividad de sus actuaciones. La Administración puede obtener del Registro de la Propiedad que se extienda sobre las fincas afectadas una anotación preventiva, con los mismos efectos que las de demanda, tal como hemos visto en el apartado anterior, para hacer constar la existencia del deslinde que se inicia. Aparte la cancelación del asiento, que es simultánea a la inscripción del acta definitiva del deslinde efectuado, estas anotaciones caducan también a los cuatro años de su fecha, según la regla general del artículo 86 de la Ley hipotecaria.

El asiento del deslinde y amojonamiento se verifica por inscripción en el folio de la finca, haciéndose constar las circunstancias generales y especiales del caso, en virtud del acta levantada al efecto, una vez firme en la vía administrativa, mediante testimonio del funcionario o autoridad competentes, produciendo todos los efectos de la publicidad registral.

C) Titularidad:

Este dato, que es esencial en todo asiento registral, requiere en nuestro caso un atento estudio, dadas las especialidades que concurren en los montes vecinales.

El artículo 9.4 de la Ley hipotecaria exige como una de las circunstancias

[7] En su libro *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Colegio de Registradores, Madrid, 1959, p. 49.

necesarias que han de constar en la inscripción, la persona natural o jurídica a cuyo favor se haga dicho asiento. Y en el artículo 51 de su Reglamento, que lo complementa, se dice que tratándose de personas jurídicas se expresarán su clase, denominación y domicilio, el hecho de su inscripción en el Registro correspondiente en su caso y las circunstancias de la persona que por ellas intervenga en el acto o contrato.

Creemos que la Ley de Montes Vecinales, con las especialidades derivadas de la peculiar naturaleza de estas propiedades, responde de modo suficiente a estos requisitos y aclara las cuestiones que puedan suscitarse con respecto a su titularidad. En su artículo 3.º se dice que la propiedad de estos montes es privada y colectiva, correspondiendo la titularidad al conjunto de los vecinos ejercientes de las unidades económicas con casa abierta y residencia habitual en las tradicionales entidades de población. La titularidad se atribuye, por tanto, al conjunto de vecinos como un todo y no como varios individuos; así se recalca tanto en dicho artículo 3.º como en el 1.º A los efectos de obtener sus fines específicos, el artículo 4.º concede a estas comunidades de vecinos la plena capacidad jurídica, que es tanto como poder ser titulares de los derechos inscribibles sobre las fincas del monte.

Se trata de una titularidad colectiva, de una comunidad. A la hora de caracterizar la naturaleza jurídica de esta comunidad, tanto la Ley en sus artículos 1.º y 3.º, como la práctica totalidad de la doctrina[8] la califican como comunidad de tipo germánico, al no existir atribución de cuotas respecto a cada uno de los individuos integrantes, de número variable en cada ocasión. Todos los presentes son cotitulares y todos pueden optar a sus aprovechamientos, no en una parte o cupo predeterminado de modo fijo, sino de acuerdo con su número y circunstancias señaladas en las normas estatutarias o la costumbre, según los comuneros que existan en cada momento dado y que reúnan los requisitos necesarios.

No existiendo cuotas entre los comuneros, parece que podría surgir algún inconveniente para inscribir, ya que el artículo 54 del Reglamento hipotecario exige precisar en las comunidades la porción ideal de cada condueño con datos matemáticos. Pero esta norma, dada para las comunidades romanas que son las más comunes, no debe suponer dificultad al tratarse de otro tipo especial de copropiedad. Nos basta con acudir a un solo ejemplo de comunidad germánica, de frecuencia cotidiana, como es la adquisición de bienes gananciales, que se inscriben en el Registro para ambos esposos, sin atribución de cuotas y para su sociedad conyugal.

Por tanto, en estos montes se practicará la inscripción en favor de la comunidad vecinal de la parroquia, lugar, aldea o caserío de que se trate, sin necesidad de más especificaciones que las determinadas por su propia naturaleza y que se reconocen en su legislación especial.

Para completar la titularidad registral y a los efectos de una mejor e indudable

---

[8] Ver el citado trabajo de CASTRO SOMOZA, en la nota 3. Caso aislado en contra, opinando que se trata de una comunidad romana, es la opinión de JOSÉ CÁNDIDO PAZ ARES, en su obra *Régimen de los llamados montes de vecinos de Galicia*, Editorial Galaxia, Vigo, 1966.

identificación de la comunidad vecinal se pueden añadir los datos de su inclusión en los registros administrativos existentes al efecto en los órganos autonómicos competentes a que se refiere el artículo 26 de la Ley; pero debemos aclarar que este dato no lo consideramos requisito necesario para conceder personalidad a la comunidad, ya que en modo alguno lo dice la Ley. A estos registros administrativos sólo se les atribuye la finalidad de mantener una relación actualizada de los montes y su situación; la plena capacidad para el cumplimiento de sus fines ya les ha sido reconocida de entrada a estas comunidades por el artículo 1.º de la Ley, por su sola existencia, sin ninguna traba o requisito administrativo.

Pueden también consignarse los datos de las personas u órganos que ostenten la representación de la comunidad y que hayan intervenido como tales en el expediente o título que haya originado la inscripción.

D) Título y circunstancias de los asientos:

Tratándose de una verdadera propiedad privada, todos los títulos válidos según el ordenamiento jurídico general para producir la constitución, modificación, transmisión o cancelación del dominio y de los derechos reales impuestos sobre el mismo serán perfectamente aplicables a los actos que recaigan sobre los montes vecinales en mano común.

Acudiendo a la legislación hipotecaria y a la especial de estos montes tendremos una sistemática completa, con la sola peculiaridad de las resoluciones de los jurados provinciales a que antes hemos hecho referencia.

Previa la calificación de los Registradores en cuanto a la legalidad de los actos, competencia de los órganos, capacidad de los otorgantes y formalidades externas de los títulos, de acuerdo con el artículo 18 de la Ley hipotecaria y sus concordantes reglamentarios, los títulos dichos servirán de base para la práctica de los asientos que en cada caso correspondan.

En cuanto a las circunstancias de los asientos, habrá que estar, por un lado, a las normas generales de los artículos 9 de la Ley hipotecaria y 51 de su Reglamento en cuanto sean aplicables y, por otro, a las reglas especiales de la legislación de estos montes.

Tanto la Ley de Montes Vecinales de 1968 y su Reglamento de 1970, como la Ley de 1980, contenían una curiosa remisión diciendo que las certificaciones que expidieran los jurados provinciales habrían de contener los requisitos señalados en el artículo 206 de la Ley hipotecaria y concordantes de su Reglamento. Esta extraña cita quizá estuviera motivada por la entonces indudable concomitancia con los montes públicos reflejada en dichas leyes; como es sabido, el artículo 206 de la Ley hipotecaria se refiere a las certificaciones del Estado, ayuntamientos y demás entes públicos, por lo que ahora resultan claramente inaplicables a los montes vecinales, de proclamado carácter privado, pero no dependen de ayuntamientos ni organismos ni pueden estar incluidos en catálogos o inventarios públicos de que certificar.

Por eso, en el artículo 13 de la Ley vigente de 1989 se suprime la inoportuna alusión diciéndose simplemente que esos títulos deberán contener los requisitos

necesarios para que puedan producir la inscripción en el Registro de la Propiedad de conformidad con lo dispuesto en la Ley hipotecaria y su Reglamento. Habrá menos precisión, pero la dicción nos parece más correcta al indicarnos que se debe acudir a las normas registrales adecuadas.

Resumiendo las normas aplicables a estos montes que se contienen en los artículos 9 de la Ley hipotecaria y 51 de su Reglamento, habrán de constar en sus asientos:

- Con referencia a la finca, la descripción del monte que permita claramente su identificación, con su naturaleza especial, situación, linderos y extensión superficial, incluyendo las circunstancias que impidan confundir la finca con otras, como el nombre propio, si lo tuviere, y los polígonos y parcelas catastrales si constaren. La medida se expresará por el sistema métrico decimal, sin perjuicio de que también pueda constar la equivalencia en medidas del país. Cuando exista plano identificativo oficial se deberá acompañar copia para su archivo en el Registro.

- Expresar la naturaleza, extensión y condiciones y cargas, si existieran, del dominio o de los derechos que se inscriban, así como el valor si constare.

- Para fijar la titularidad se estará a lo ya dicho, consignando el nombre de la comunidad propietaria, de modo que quede perfectamente identificada con la vecindad y el domicilio de su órgano rector que será a todos los efectos el domicilio de la comunidad. Igualmente constará la persona natural o jurídica de quien procedan los bienes o derechos que deban inscribirse, en su caso.

- Y el título formal que produzca la inscripción, con su fecha, tribunal, jurado, notario o funcionario que lo autoricen.

Como circunstancias especiales, si éstas constaren en las resoluciones del jurado provincial, y según disponía el artículo 7.º del Reglamento de Montes Vecinales de 1970, se detallarán el estado jurídico–administrativo de estos montes, incluyendo los antecedentes de la propiedad, documentación existente, datos que hayan de los registros, inventarios y archivos, relaciones con el catálogo de montes de utilidad pública, situación de hecho, posición de la Administración municipal y de la comunidad propietaria y conclusiones previas sobre propiedad, acordes con la Ley Especial de Montes Vecinales. El Reglamento de 1992 no se refiere a estos extremos.

E) Los estatutos y su publicidad:

Todas las comunidades suelen tener unas normas reguladoras de su funcionamiento, unas veces orales y de origen tradicional, y otras veces ya reflejadas en verdaderos y detallados reglamentos escritos.

La Ley de Montes Vecinales de 1968 y su Reglamento establecieron que el disfrute y aprovechamiento de estos montes se acomodará a las normas que se hallasen vigentes y en todo a lo que viniese siendo costumbre en cada grupo vecinal, mientras se redactase la oportuna ordenanza.

La Ley de 1980, imponiendo ya unos estatutos escritos, regulaba detalladamente el procedimiento para su redacción, estableciendo que debían formalizarse ante el órgano más inmediato de la justicia municipal.

Y la Ley vigente de 1989 dispone en su artículo 16 que la comunidad de vecinos propietaria redactará y aprobará los estatutos que, siendo la norma reguladora de su funcionamiento, habrán de recoger los usos y costumbres por los que se regirá la comunidad, así como las precisiones de la Ley, señalándose como mínimo, los extremos siguientes:

- la atribución de la condición de comunero;
- la representación por casa y la delegación entre comuneros;
- la manera de ejercitar los derechos de la comunidad;
- las obligaciones de los comuneros en cuanto a custodia, defensa y conservación del monte;
- órganos de gobierno y administración;
- reservas para inversiones y mejoras;
- y criterios a los que han de adecuarse los diversos aprovechamientos.

Como se ve, una auténtica gama de derechos y obligaciones que recaen directamente sobre la propiedad y los aprovechamientos del monte y que afectan tanto a los interesados titulares como a terceros, por lo que requieren la debida publicidad por su propia naturaleza.

¿Cómo ha afrontado la normativa especial esta cuestión de la publicidad? La Ley de Montes Vecinales de 1980 se limitaba a decir que los estatutos y sus modificaciones producirán efectos a partir de su recepción en la Delegación Provincial de Agricultura "donde quedarán en registro público". La Ley actual de 1989, en su artículo 16.2 les concede efectos desde el día siguiente a su aprobación por la comunidad; y se sigue diciendo que se remitirá una copia, únicamente "a efectos de conocimiento" al Registro General de Montes Vecinales en Mano Común.

Vemos por tanto que este tema de la publicidad y efectividad de los estatutos ha recibido un tratamiento simplemente administrativo, ajeno a la naturaleza privada de los montes, por lo que no ha sido enfocada debidamente. Debe tenerse en cuenta que lo realmente interesante es la seguridad jurídica y que ésta encuentra únicamente un apoyo efectivo en la publicidad que le proporciona el Registro de la Propiedad.

Entendemos que la institución adecuada para que los derechos y deberes de los comuneros de los montes vecinales, entre sí y respecto de terceros, reciban una garantía de efectiva cognoscibilidad general, es el folio registral de la finca, donde tienen perfecta entrada los estatutos, como ocurre con las normas de las comunidades de casas en propiedad horizontal o en las comunidades de aguas privadas.

El artículo 8.4.° de la Ley hipotecaria dispone que se incluirán en la inscripción las reglas contenidas en los estatutos que configuren el contenido y ejercicio de la propiedad horizontal; y en su Ley de 21 de julio de 1960 se establece en el artículo 5.3.° que estos estatutos no perjudicarán a terceros si no han sido inscritos en el Registro de la Propiedad. Y en cuanto a las comunidades de aguas

privadas, el artículo 66 del Reglamento hipotecario dispone que se inscribirán en el Registro de la Propiedad, haciéndose constar las normas o principios básicos de organización y régimen y los pactos que modifiquen el contenido o ejercicio de los derechos reales a que la inscripción se refiere. En la práctica jurídica, estas normas de las comunidades de pisos y las de aguas se inscriben a diario, y a la certeza y publicidad de los asientos del Registro se acude continuamente con efectos positivos.

La aplicabilidad de estas normas tendrían perfecto encaje para los montes vecinales en cuanto que se trata de comunidades de carácter privado, y las reglas que ordenan su uso y aprovechamiento deben tener la mayor publicidad para su mejor aplicación en defensa del bien común y la seguridad de todos.

El simple archivo o registro administrativo tiene finalidades muy distintas que normalmente suelen ser bastante ajenas a la seguridad jurídica. La propia Ley de Montes Vecinales, al anunciar en su artículo 26 la futura creación de ese Registro, que ya califica de especial, le asigna la única finalidad de mantener una relación actualizada de los montes y su situación; se trata sólo de un simple control más bien numérico de la existencia de las comunidades; a la vez, se puede consignar si tienen o no estatutos, pero ni entran en su contenido ni garantizan la legalidad y efectividad de sus reglas.

Así, si tal registro administrativo que aún no existe, cuando empiece a funcionar, no ha de dotar de publicidad y eficacia a estos estatutos, hay que reconocer que se produce un lamentable vacío legal, tanto más sensible cuanto más importante es la materia a asegurar.

Concluimos insistiendo en que la publicidad adecuada para los montes vecinales y sus estatutos es la que puede proporcionar el Registro de la Propiedad, en el cual deben inscribirse tales reglas, lo mismo que se hace en la propiedad horizontal o las comunidades de aguas.

IV. Otros actos inscribibles sobre montes vecinales:

Si nos atuviésemos tan sólo a una primera lectura del texto literal del artículo 2.º de la Ley, según el cual los montes vecinales en mano común son bienes indivisibles, inalienables, imprescriptibles e inembargables, habría que concluir que no cabe otro asiento sobre ellos que el de su inmatriculación.

Sin embargo, de otros preceptos de la propia Ley se deduce que caben sobre ellos algunos actos inscribibles como permutas, cesiones, servidumbres, expropiaciones y derechos de superficie. Vamos a contemplarlos, solamente bajo esta perspectiva registral.

A) Cesión:

Los montes vecinales podrán, por excepción, enajenarse mediante cesión temporal, total o parcialmente, para obras, instalaciones, explotaciones o servicios que redunden en beneficio directo de la comunidad de vecinos, según el artículo 5.º de la Ley. Para ello se tomará el acuerdo con el quórum del artículo 18, que exige el voto favorable de la mayoría de los presentes cuando represente al menos el 50 por

100 del censo de comuneros, en primera convocatoria, y el 30 por 100 en la segunda. La exigencia de que exista una contraprestación en forma de beneficio para la comunidad parece compaginarse mal con la posibilidad del supuesto título gratuito que se contempla en dicho artículo. La cesión puede ser por tiempo indefinido en favor de las Administraciones públicas cuando se destine a equipamientos favorables a la comunidad y en tanto se mantenga el fin para el que se haga la cesión.

Tomado el acuerdo de cesión por la mayoría necesaria en la reunión de la asamblea general convocada al efecto por el presidente de la junta rectora, debidamente autorizado, se otorgará con la otra parte la escritura o documento auténtico que sea título bastante, según el artículo 3.º de la Ley hipotecaria, para que pueda inscribirse el acto de cesión con todas sus circunstancias en el Registro de la Propiedad.

B) Expropiación y servidumbres:

Según el artículo 6.º de la Ley, los montes vecinales sólo podrán ser objeto de expropiación forzosa o imponérseles servidumbres por causa de utilidad pública o interés social prevalentes a los de estos propios montes.

Habrá que estar a las normas generales de la expropiación forzosa en cuanto a los requisitos, trámites, titulación e inscripción de estos actos, que no presentarán otras especialidades que las señaladas en los números 2 y 3 del propio artículo 6.º En el primero de estos números se señala el destino de las cantidades abonadas y en el segundo se dicta una norma de especial pervivencia que entendemos debe constar en la correspondiente inscripción registral de la expropiación, para dejar a salvo los posibles efectos posteriores. Así, se dice en el citado artículo 6.3 que si como consecuencia de la expropiación quedase todo el monte fuera de la titularidad dominical de la comunidad, ésta subsistirá para el ejercicio de los derechos a que haya lugar y como titular del eventual derecho de reversión.

En cuanto a las servidumbres legales que se puedan imponer sobre estos montes vecinales, su constitución e inscripción se llevarán a cabo de acuerdo con la legislación civil e hipotecaria comunes, sin especialidades. La prevalencia de las fincas dominantes sobre los montes vendrá determinada precisamente por esas normas comunes.

C) Derecho de superficie:

Se contempla la posible constitución de este derecho sobre los montes vecinales en el artículo 7.º de la Ley, en todo de acuerdo con la normativa general, a la que se remite de modo expreso, exigiéndose también la escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad. Aunque la Ley actual no lo diga expresamente, como se hacía en el artículo 3.4.º de la Ley de 1980, se puede afirmar que se da a esta inscripción el carácter de constitutiva por remisión a los artículos 282.2 de la Ley del suelo y 16 del Reglamento hipotecario, que como tal la configuran. Para contrarrestar la presunción de que lo edificado cede al suelo y al no haber posesión aparente del constructor, la Ley impone la inscripción que atribuye sin ninguna duda la edificación o plantación al superficiario y no al dueño del suelo; la inscripción constitutiva está justificada. En los montes vecinales rige el mismo

principio.

Las variaciones respecto a la normativa general se limitan únicamente a lo relativo a los plazos de caducidad de este derecho. Cuando la superficie se concede con destino a instalaciones o edificaciones sobre los montes vecinales, el plazo máximo de duración es de treinta años, reduciéndose a diez años cuando la superficie está destinada a cultivos agrícolas y a un turno de la especie forestal plantada cuando se trate de un aprovechamiento para corte.

Como es sabido, el artículo 16 del Reglamento hipotecario permite la duración de este derecho hasta cincuenta años, y la Ley del suelo, en su artículo 289.2, prolonga la duración para la superficie convenida entre particulares hasta noventa y nueve años. Para estos montes no caben tales plazos, pues habrá de estarse a la norma especial del artículo 7.º antes citado; transcurridos sus plazos a los más breves acordados en el título constitutivo que constarán en la inscripción, pasará a la comunidad vecinal todo lo instalado, edificado o plantado, sin ninguna indemnización al superficiario.

D) Permutas:

Se permite el cambio de terrenos integrantes de los montes vecinales con otros limítrofes de valor similar cuando lo aconsejen razones de utilidad o interés social de las comunidades de vecinos, que serán apreciadas por ellas mismas en la asamblea general con el quórum previsto en el artículo 18 de la Ley. A estos requisitos añade el artículo 8.º el de dar cuenta al jurado provincial, con lo cual se procederá al otorgamiento de la escritura y su posterior inscripción registral. En el asiento de la finca o fincas que, por agrupación o agregación, ingresen bajo la titularidad de la comunidad habrá de figurar, como es natural, la adscripción a dichos montes vecinales, con sujeción a su especial régimen jurídico. Así lo pide el principio de subrogación real.

E) Gravámenes:

Otra excepción, ésta más llamativa al principio de inalienabilidad de los montes vecinales, es la posibilidad de sujetarlos a gravámenes de carácter real que permite el artículo 21.3 de la Ley.

De conformidad con lo que disponía la Ley de 1968, el Reglamento de Montes Vecinales de 1970 dice en su artículo 41 que los aprovechamientos de estos montes se podrán gravar con hipoteca, en cuyo caso la ejecución solamente podrá dirigirse contra la renta o aprovechamiento del monte gravado.

En la Ley de 1980 no se mencionaba esta posibilidad de establecer gravámenes. Pero la vigente de 1989 vuelve a concederla, aunque sin atreverse a hablar claramente de la hipoteca. El citado artículo 21.3 establece que los aprovechamientos, no las fincas, podrán ser objeto de "gravamen", sin especificar cuál, pero repite, eso sí, la limitación de que la ejecución sólo podrá hacerse efectiva contra esos aprovechamientos o las rentas derivadas de su cesión.

Dado el principio general de la inembargabilidad de estos montes,

entendemos que en los juicios ejecutivos contra las comunidades titulares sólo podrán admitirse los embargos contra los aprovechamientos y únicamente podrán practicarse las correspondientes anotaciones preventivas en el Registro de la Propiedad cuando en el mandamiento conste que la futura ejecución se limitará a las rentas o aprovechamientos, debiendo negarse su práctica si se pretende embargar la finca en sí.

En cuanto a las hipotecas, la norma general del artículo 106 de la Ley hipotecaria es que sólo se puede imponer este gravamen sobre fincas enajenables, y los montes vecinales no lo son; la hipoteca entraña una posible enajenación futura y por ello no cabe hipotecar bienes inalienables.

Si buscamos entre los casos de hipotecabilidad especial o con limitaciones del artículo 107 de la Ley hipotecaria, podríamos encontrar una posibilidad en su número 5.º, dentro de una interpretación amplia de los derechos de "pastos... leñas y otros semejantes de naturaleza real"; aunque la verdad, encontramos un tanto endeble esa posibilidad, quizá podría entrar con la limitación de sólo hacer efectiva la ejecución sobre los aprovechamientos de los montes a que se refiere el artículo 21.3 de la Ley especial.

Quizá ofrezca menos dudas la Ley de prenda sin desplazamiento, de 16 de diciembre de 1954, la cual en sus artículos 52 a 54 permite la constitución de esta especial prenda por los titulares de explotaciones agrícolas y forestales sobre los frutos pendientes o separados de dichas explotaciones, así como sobre las cosechas esperadas de las fincas.

Tanto si se opta por la primera solución de la hipoteca, sólo ejecutable sobre los aprovechamientos como derechos reales especiales, como si se acepta la segunda del gravamen pignoraticio sin desplazamiento, rige siempre el principio de la inalienabilidad de los montes en sí mismos. Sólo se pueden hipotecar o pignorar los aprovechamientos, y para ello se han de cumplir los requisitos antes dichos de convocatoria y acuerdo de la asamblea general, otorgamiento de la escritura e inscripción, en este caso constitutiva, para que en el Registro nazca y se publique el gravamen de que se trate.

V. Efectos protectores de la publicidad registral:

Según el artículo 13.a) de la Ley de Montes Vecinales, la resolución firme de clasificación como tal de un terreno, una vez inscrita en el Registro de la Propiedad, produce el efecto de atribuir su propiedad a la comunidad vecinal correspondiente, en tanto no exista sentencia firme en contra dictada por la jurisdicción ordinaria.

La coincidencia con el artículo 38 de la Ley hipotecaria es evidente pues, según este precepto, a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo. Y el artículo 1.3.º de la propia Ley coloca a los asientos registrales bajo la salvaguardia de los tribunales, mientras no se declare su inexactitud.

No pretendemos resumir en pocas líneas toda la teoría de la publicidad registral. Es conocida de todos y se concreta en el llamado principio hipotecario de legitimación[9].

Tanto las leyes como la doctrina regulan y han aceptado, respectivamente, la consideración de que la seguridad jurídica y la protección del tráfico es la gran finalidad que se obtiene con la publicidad registral. Según la opinión común de los autores, el Registro de la Propiedad es el único medio verdaderamente eficaz para acreditar la existencia del derecho y lo hace realmente público y seguro.

Por eso hemos detallado en los apartados anteriores los efectos sustantivos que se producen al inscribir las situaciones jurídicas de los montes vecinales en mano común como propiedades privadas perfectamente delimitadas y distintas de los montes públicos, como comunidades especiales bajo una titularidad colectiva no repartida en cuotas, con uso y aprovechamientos normados y bajo las cualidades de propiedad inalienable, indivisible e, inembargable. La constancia registral de las características que configuran estos montes sirve de base al estatuto especial de esta propiedad, poniéndola a cubierto frente a todos, sean entes públicos o particulares.

Aquí radica la protección registral de los montes vecinales, en su sistema de publicidad.

No admitimos que se puedan conseguir los mismos fines mediante registros o archivos administrativos especiales, aunque en ellos se pretenda recoger todo lo relativo a estas comunidades. No es lo mismo la publicación que la publicidad: si bien la publicación, al igual que la publicidad, lleva consigo una exteriorización, a diferencia de ésta, la publicación sólo da lugar a un conocimiento, pero no origina ningún efecto sustancial como el de la protección jurídica que es el fundamental. El archivo administrativo manifiesta, pero no defiende; el Registro de la Propiedad, en cambio, además de publicar, coloca al titular en una envidiable posición de firmeza que le permite defenderse en cuanto le atribuye la presunción de la existencia efectiva del derecho y unos medios de defensa eficaces que se concretan en las presunciones del artículo 38 de la Ley hipotecaria, y además en el procedimiento expeditivo del artículo 41 de la misma Ley.

La Ley actual de Montes Vecinales anuncia la creación de uno de esos registros administrativos especiales, pero no deja de reconocer en sus artículos 16 y 26 que no producirá otros efectos que el de procurar un conocimiento o relación de las comunidades. Se tratará, en todo caso, de una simple noticia, o lo más, de un control administrativo, por cierto, no muy explicable cuando se ha proclamado a todos los vientos que estos montes son privados.

Volvamos, pues, a los efectos que puede proporcionar la protección registral a estos montes vecinales y que se concretan, esquemáticamente, en los siguientes puntos:

---

[9] Pueden verse los tratados de Derecho Hipotecario, entre ellos el de ROCA, GARCÍA GARCÍA y JOSÉ MARÍA CHICO. En este último, ver su libro *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Madrid, 1994, Tomo II, pp. 245 y ss.

1.º Atribuye su dominio a las comunidades vecinales, corrigiendo las indebidas atribuciones a los ayuntamientos y dando base para excluirlos del catálogo de montes de utilidad pública o del inventario de bienes municipales, si figurasen en ellos (art. 13 de la Ley de Montes Vecinales).

2.º Se presume la existencia y exactitud de los asientos registrales bajo la salvaguardia de los tribunales (arts. 1.3.º y 38.1.º de la Ley hipotecaria).

3.º Presunción de que las comunidades vecinales que tengan inscrito el dominio tienen también la posesión de los montes correspondientes (art. 38.1.º de la Ley hipotecaria).

4. La titularidad registral atribuye a las comunidades vecinales el poder de disfrute y administración de los bienes. También el de disposición, pero en los casos y con las limitaciones especiales antes señaladas para las cesiones, permutas, gravámenes y derechos de superficie.

5.º Posibilidad del ejercicio de acciones reales en defensa de los montes, pudiendo utilizar, además de los medios ordinarios, el procedimiento especial del artículo 41 de la Ley hipotecaria, que es prácticamente ejecutivo y basado tan sólo en la certificación registral que acredite la vigencia sin contradicción del asiento correspondiente.

6.º Posición defensiva privilegiada en cuanto que la comunidad demandada está exenta de la carga de la prueba en cuanto se derive de su asiento registral.

7.º Posibilidad de rechazar todo embargo o procedimiento ejecutivo que se pretenda contra los montes, por ser éstos inembargables (art. 6.1 de la Ley de Montes Vecinales). Para eso le bastará con acreditar su titularidad especial con la certificación registral correspondiente (art. 38.3 de la Ley hipotecaria).

8.º Posibilidad de acogerse a las reglas existentes para los deslindes y amojonamientos de montes públicos (aplicables a los vecinales según los arts. 11 y 25 de la Ley de Montes Vecinales y 35 del Reglamento de 1970). Con ello también se da una protección registral, al reflejarse en la inscripción del deslinde una delimitación clara que permite su mejor defensa contra intromisiones de colindantes.

En cambio, no nos parecen aplicables a los montes vecinales las limitaciones establecidas en los artículos 11 de la Ley General de Montes de 1957, y 77 de su Reglamento de 1962, referentes a las inmatriculaciones de fincas colindantes con montes públicos, para las que se exige certificación de que no están incluidas en el catálogo, o en su caso, necesidad de comunicación del registrador a la Administración forestal al efecto de la defensa de la masa forestal pública. Las comunidades de vecinos viven sobre el terreno y, por ello, al advertir cualquier intromisión, pueden utilizar sus medios de defensa antes anunciados para proteger su propiedad privada.

VI. Conclusión:

La protección de los montes, como dijimos al principio, es tema de acuciante actualidad por sus implicaciones en el mantenimiento del equilibrio ecológico y su

importancia económica y social.

En el caso de los montes vecinales en mano común, además de su arraigo tradicional, concurre el motivo especial para procurar su defensa de que es una de las formas de propiedad privada comunitaria que ha conseguido salvarse del proceso desamortizador y de las tendencias absorbentes de los municipios.

Las diversas leyes especiales trataron, con mayor o menor acierto, de rescatar estas propiedades en favor de sus verdaderos propietarios que son las comunidades de vecinos.

Y lo que ahora queremos resaltar es que el Registro de la Propiedad, que se ha mostrado siempre como instrumento eficaz en la defensa de la riqueza forestal, puede brindar y ofrecer unos medios de protección eficaces y adecuados para estos montes.

Si con nuestro modesto trabajo hemos facilitado su conocimiento y la posibilidad de aplicarlos, nos daríamos por satisfechos.

A TITULARIDADE DOS MONTES VECIÑAIS EN MAN COMÚN E A ESIXENCIA LEGAL DE REALIZAR ALGUNHA ACTIVIDADE RELACIONADA CO MONTE

Carmen Fernández Santiago
Avogada

Resoltas pola doutrina e pola xurisprudencia outras cuestións que no principio da súa andaina suscitaban as normas reguladoras dos montes veciñais en man común e a súa aplicación, quizais un dos aspectos que na actualidade suscita unha maior controversia, tanto dende o punto de vista meramente dogmático ou doutrinal como dende a súa vertente máis práctica de aplicación polas propias Comunidades propietarias de montes, como se desprende da abondosa xurisprudencia que podemos atopar respecto do mesmo, é aquel que se refire á determinación do colectivo titular do monte e á concreción daquelas persoas que haberán de formar parte do mesmo, mediante a acreditación dos requisitos obxectivos que a Lei e o Regulamento de Montes Veciñais en Man Común (complementados, no seu caso, polas correspondentes normas estatutarias) esixen para poder ostentar tal condición.

Segundo o artigo 3 da Lei 13/1989, do 10 de outubro, de Montes Veciñais en Man Común, a propiedade destes montes, con independencia da súa orixe, é de natureza privada e colectiva, e a súa titularidade dominical, así coma o seu aproveitamento, *"correspóndelle, sen asignación de cotas, ó conxunto de veciños titulares de unidades económicas, con casa aberta e residencia habitual nas entidades de poboación ás que tradicionalmente estivese adscrito o seu aproveitamento, e que veñan exercendo, segundo os usos e costumes da comunidade, algunha actividade relacionada con aqueles"*[10].

Deste xeito, non calquera veciño poderá formar parte en calquera momento da comunidade titular dun monte veciñal, senón que todo aquel que pretenda o seu

[10] No mesmo sentido, vid. o artigo 4 do Decreto 260/1992, do 4 de setembro, que contén o Regulamento para a execución da Lei 13/1989.

ingreso na mesma haberá de acredita–la concorrencia dos requisitos enunciados no precepto legal transcrito. Con carácter xeral, os requisitos obxectivos que veñen integrar e defini–lo concepto de veciño ós efectos da normativa reguladora dos montes veciñais en man común son os seguintes: en primeiro lugar, e aínda que poida parecer unha redundancia, para ser comuneiro hai que ser necesariamente veciño da entidade de poboación á que tradicionalmente se atope adscrito o aproveitamento do monte; en segundo lugar, requírese ostenta–la titularidade de unidades económicas; en terceiro lugar, haberá que residir habitualmente, ter "casa aberta e con fume", dentro da área xeográfica sobre a que se asente o grupo social que tradicionalmente aproveitou o monte; e, por último, as persoas nas que concorran as anteriores circunstancias, ademais, haberán de vir exercendo, segundo os usos e costumes de cada comunidade, algunha actividade relacionada co monte.

Os mencionados requisitos legais, dos cales a súa enumeración constitúe unha novidade da normativa autonómica de 1989, teñen como finalidade principal poñer de manifesto a integración e arraigo na colectividade social relevante en cada caso daquela persoa que pretende formar parte da mesma, e a súa concorrencia haberá de ter necesariamente carácter cumulativo e complementario, é dicir, todos eles deberán poder acreditarse no momento no que se pretenda o ingreso na comunidade, e haberán de manterse durante todo o tempo que perdure a relación dominical.

Pero non nos imos ocupar neste intre da análise de tódolos requisitos enunciados, por exceder esta análise con moito do obxecto deste traballo, senón só dalgún deles, concretamente da necesidade de vir exercendo, segundo os usos e costumes de cada comunidade, algunha actividade relacionada co monte.

A necesidade de acreditar para ingresar na comunidade a realización dalgunha actividade relacionada co monte vén suscitando non poucos problemas na práctica diaria das comunidades de montes, problemas que en moitas ocasións exceden o ámbito propio das mesmas e chegan a presentarse perante os tribunais de xustiza, que se ven obrigados a pronunciarse ó respecto. A principal dificultade coa que nos atopamos ó referirnos a esta cuestión deriva do feito de que en ningún momento nin a Lei nin o Regulamento autonómicos concretan a que realidade específica se están a referir cando esixen a mencionada vinculación co monte por parte dos novos comuneiros, dificultade que se ve incrementada se temos en conta que, debido ó carácter novidoso daquela esixencia, tampouco podemos atopar referencia ningunha que nos sirva de guía ou orientación á hora de levar a cabo unha axeitada interpretación na lexislación de ámbito estatal, e nin sequera en normas xa derrogadas. Resulta, polo tanto, fundamental dotar dun contido obxectivo a controvertida expresión legal, tratar de outorgarlle un significado que nos sirva de referente á hora da súa aplicación práctica, xa sexa polas propias comunidades de montes, cando teñan que decidir a través dos seus órganos de goberno sobre a procedencia ou improcedencia dunha nova alta, ou polos órganos xurisdiccionais, cando sexa a eles ós que lles corresponda pronunciarse nun ou noutro sentido para a resolución da correspondente controversia.

Cabe preguntarse, en primeiro lugar, se esixe o cumprimento deste requisito o exercicio da agricultura con carácter profesional, pregunta que de maneira unánime se veñen facendo dende hai xa varias décadas doutrina e xurisprudencia, e sobre a

que podemos atopar tamén unha resposta unánime.

Sostense, con carácter xeral, pola doutrina a idea de que tal relación non haberá de implicar en ningún caso a esixencia ó novo comuneiro de dedicarse profesionalmente á agricultura[11], e así o poñen de manifesto autores coma REBOLLEDO VARELA, RAPOSO ARCEO, DÍAZ FUENTES e MUIÑO FIDALGO, entre outros, sendo os argumentos empregados polos mencionados autores para chegar a esta conclusión diversos.

De entre os máis importantes, poderiamos salienta–los seguintes. RAPOSO ARCEO[12] e BOCANEGRA SIERRA[13], por exemplo, coinciden nos argumentos empregados e basean esta negativa na propia Lei estatal de 1980 e, máis concretamente, no acontecido durante a súa tramitación parlamentaria: durante a mesma, o Grupo Parlamentario Comunista propuxo engadir á referencia que o artigo 1 da Proposición de Lei facía ós "veciños" a expresión "que se dediquen de forma directa a la actividad agraria"[14], sendo rexeitada a introducción desta emenda pola Ponencia por entender que "la limitación de la posibilidad de ser partícipe a los que se dediquen a la actividad agraria iría contra el sentido general de la nueva Ley –e diriamos nós que contra a mesma natureza da institución, incluso– , que es respetar lo que tradicionalmente está establecido, sin perjuicio de que los Estatutos puedan regular el ejercicio de la participación de forma que se eviten abusos".

Pola súa banda, MUÍÑO FIDALGO[15] alega dous motivos principais, un primeiro en relación cos propios comuneiros, sinalando que consuetudinariamente os montes veñen sendo aproveitados por tódolos membros da comunidade, con independencia do labor que exerzan na mesma, e outro que ten coma protagonista ó propio monte, ó establecer que en moitas ocasións o mesmo é aproveitado para fins que non teñen por que ser necesariamente agrarios, senón que poden ter natureza forestal, cinexética ou de simple esparcemento, entre outros.

Tamén DÍAZ FUENTES[16] se pronuncia ó respecto, e comeza o tratamento desta cuestión rexeitando rotundamente a esixencia de profesionalidade con carácter imperativo, sobre a base de que *nin a establece a Lei, nin responde ós usos, nin convén* , e a partir de aquí basea a súa argumentación na falla de profesión única que tradicionalmente pode apreciarse na sociedade campesiña galega e, o que nos parece

---

[11] Lembremos que é no artigo 2.5 da Lei 19/1995, do 4 de xullo, de Modernización das Explotacións Agrarias, onde podemos atopa–lo concepto do que haberemos de entender por "agricultor profesional".

[12] En "Los Montes Vecinales en Mano Común", en *FG*, núm. 188–1995, p. 63.

[13] Vid. *Los Montes Vecinales en Mano Común. Naturaleza y régimen jurídico*, Madrid, 1986, pp. 204 e ss.

[14] Xustificaba esta emenda o mencionado Grupo Parlamentario no feito de que " o dereito de uso e goce dos bens derivados do monte en man común ten estado consuetudinariamente vinculado á práctica agraria, de tal xeito que esta característica, beneficio dos agricultores e gandeiros debe de estar expresada na Lei".

[15] Vid. *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXII, Vol. 1.º –Artículos 1 a 99 de la Ley de Derecho civil de Galicia– (MANUEL ALBALADEJO y SILVIA DÍAZ ALABART, Dir.), Ed. RDP, Madrid, 1997, p. 211.

[16] Vid. *Montes vecinales en mano común*, Editorial Bosch, S.A., Barcelona, 1999; pp. 92 e ss.

máis importante, no feito de que na medida na que o artigo 1.º da Ley de Montes Veciñais en Man Común conceptúa e recoñece estes montes con independencia das súas posibilidades productivas, do seu aproveitamento actual e da súa vocación agraria, carecería de sentido o establecemento de tal esixencia de profesionalidade respecto da condición de comuneiro; sinala expresamente que "si el destino no califica ni descalifica el monte (art. 1.º), la condición de comunero tampoco debe depender de la profesión".

Asemade, tamén a xurisprudencia se ten feito eco desta tese, e unha recente sentencia do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 11 de marzo do 1999 (*RXG.* 85, 1999) así o pon de manifesto, indicando expresamente que "[...] exercer algunha actividade relacionada co monte non é unha expresión que, por si soa e no contexto normativo do art. 3.1 LMVMC. no que tamén se atopa, consinta interpretarse coma equivalente á esixencia de profesionalidade (agraria, v.gr.), e menos o consente a pouco que nos decatemos ex art. 5 LMVMC. da posibilidade de cede–los montes, sexa cal sexa a súa inclinación productiva, para os máis diversos fins (obras, instalacións, explotacións de diversa índole, servicios ou outros fins que redunden de modo principal no beneficio directo da Comunidade de veciños...)". E non se refire a sentencia transcrita exclusivamente á non necesidade de dedicarse profesionalmente á agricultura para ter acceso á titularidade e ó aproveitamento dun concreto monte veciñal, senón que incluso vai máis alá do que tradicionalmente adoitaba face–la doutrina, e proclama a imposibilidade de esixir calquera tipo de profesionalidade, empregando a agraria a título meramente exemplificativo.

Calquera das argumentacións transcritas, tanto doutrinais coma xurisprudenciais, poden resultar defendibles á hora de rexeita–la esixencia de profesionalidade (agraria ou doutra índole) respecto dos potenciais comuneiros, pois todas elas, no fondo, derivan dunha idea común, de carácter xeral, que non é outra que a defensa da configuración tradicional e consuetudinaria do réxime xurídico desta institución, sobre todo en aspectos tan fundamentais coma a súa definición e o establecemento dos seus titulares: se tradicionalmente non se viña esixindo aquela profesionalidade, e na medida na que a lexislación actual pretende ser continuación dunha regulación anterior de carácter consuetudinario, tampouco da mesma deben de facerse derivar esixencias que poidan desvirtua–la esencia mesma deste particular réxime dominical, modifica–la súa natureza alterando o perfil dos seus titulares, e moito menos cando tales esixencias non aparecen recollidas, nin sequera tacitamente, nas distintas fontes normativas vixentes. E é que a adicación a actividades agrícolas ou forestais non está nin legal nin regulamentariamente esixida, se por tal adicación entendemos aquela que se realiza exclusivamente de maneira profesional. É necesario, por suposto, exercer algunha actividade relacionada co monte, pero cómpre salientar que do mesmo xeito que avogamos por esta necesidade tamén sostemos que abonda coa realización daquela actividade, por sinxela que sexa, e mesmo cando a mesma resulte manifestarse como accesoria ou complementaria doutra principal ou profesional, sen que lle sexa esixible en si mesma aquela principalidade ou profesionalidade.

É certo que polo xeral no eido rural galego quen máis e quen menos se dedicaba, en maior ou menor medida, a labores agrícolas, pero non o é menos que tal dedicación non tiña, na meirande parte dos casos, carácter profesional nin, moito

menos, exclusivo, senón que en moitas ocasións resultaba complementaria ó desenrolo da profesión habitual –calquera dos diferentes oficios tradicionais no rural galego, dende o ferreiro ou o carpinteiro ata o boticario, o mestre ou o médico– coa que resultaba de todo punto compatible a realización de determinadas actividades agrícolas, gandeiras ou forestais, normalmente de carácter tan básico que tiñan coma única finalidade o autoabastecemento da unidade familiar, e só en caso de que existisen excedentes se obtiña algún lucro do producto das mesmas; con esto non queremos dicir que no campo galego non existisen persoas que se dedicasen profesionalmente á agricultura, pero si que non só estas aproveitaban en exclusiva dos montes veciñais, senón que o colectivo titular destes montes se estende máis alá daqueles, abarca un grupo máis amplo de persoas.

Establecida xa inicialmente coma premisa básica a non esixencia de profesionalidade para o acceso á titularidade e aproveitamento dos montes veciñais en man común, preséntasenos inmediatamente outra importante cuestión: se temos en conta que tanto a Lei coma o Regulamento de Montes Veciñais en Man Común (artigos 3 e 4, respectivamente) atribúen a titularidade a aqueles veciños que, entre outras circunstancias, realicen determinadas actividades relacionadas co monte e consideramos que en ningún momento os referidos textos normativos pretenderon referirse con tal esixencia á necesaria concorrencia nos titulares do dominio da condición de profesionais da agricultura, entón cómpre tratar de precisar a que actividades se refiren os aludidos preceptos e que tipo ou grao de relación haberá de existir entre aquelas e o monte, pois a devandita expresión legal haberá de vir dotada dalgún significado.

Cabe sinalar ó respecto, en primeiro lugar, que para aclara–lo significado e alcance desta expresión normativa non resultan de grande axuda os estatutos das comunidades de montes, pois a diferencia do que acontece con outros dos requisitos ou esixencias inicialmente enumerados o que agora nos ocupa non adoita consignarse de maneira expresa no texto dos mesmos[17], agás naqueles modelos estatutarios de máis recente elaboración (que, non obstante, se limitan a transcribir literalmente a definición legal vixente, pero non precisan nada ó respecto). Tampouco atopamos referencia ningunha sobre este particular examinando o conxunto normativo que conforma a curta historia lexislativa desta institución xurídico–real, nin temos constancia da existencia de pronunciamentos xurisprudenciais ó respecto anteriores á promulgación da Lei 13/1989. Entón, ¿cal haberá de se–lo verdadeiro sentido e o alcance desta expresión normativa?

Dende o noso punto de vista, a introducción *ex novo* na Lei 13/1989 desta esixencia responde simplemente á necesidade de adapta–la condición de comuneiro e a súa regulación á evolución producida ó longo dos anos, pero sobre todo na segunda

---

[17] Con carácter xeral, podemos dicir que a meirande parte dos actuais textos estatutarios son meras copias dos Estatutos e Ordenanzas existentes con anterioridade á promulgación da Lei 13/1989 e que con motivo da mesma sufriron algunha pequena adaptación (as referencias normativas fanse agora a esta Lei, ...), pero sen seren obxecto de modificacións substanciais con respecto á súa redacción anterior, o que se aprecia con maior claridade se se analizan algunhas das expresións reiteradamente empregadas nos seus preceptos.

metade deste século, na sociedade rural galega. Cómpre pór de manifesto como tradicionalmente a finalidade máis importante do aproveitamento do monte polos veciños non era outra que, dalgún xeito, complementa–las súas economías domésticas incrementando as súas rendas a través da aportación de determinados recursos (leña para o fogar, pasto para o gando, ...) destinados basicamente ó autoabastecemento das familias do rural galego; é importante tamén facer fincapé unha vez máis nunha situación que por repetida resultaba certamente característica –se ben non exclusiva– deste ambiente rural: no mesmo, rara era a familia na que, a pesares de dedicarse habitualmente o cabeza de familia a outra profesión da que derivaban as rendas principais da unidade familiar, non se cultivaban algunhas leiras, se mantiñan unhas vacas ou unhas ovellas ou se criaban e mataban un par de porcos ó ano, obtendo destas actividades determinados productos básicos ou de primeira necesidade, coma patacas, carne ou leite, que se dedicaban exclusivamente ó consumo familiar. E esta era unha realidade tan habitual nas vilas e aldeas galegas que formaba parte intrinsecamente do xeito de vida tradicional das mesmas, polo que no momento no que se promulgaron as anteriores Leis de Montes Veciñais, que non viñan ser outra cousa que a materialización normativa dun modelo tradicional de vida colectiva e dun concreto modo de organización xurídico–real xeradores, á súa vez, dunha peculiar forma de explotación económica dos recursos –neste caso forestais–, non se viu a necesidade de incluír expresamente nas mesmas referencia ningunha a esta cuestión, pois aquela nin sequera se suscitaba.

Pero a evolución producida nos últimos anos fixo mudar en grande medida a situación que vimos de describir, de xeito tal que non só se pode dicir que a sociedade galega xa non é eminentemente campesiña, senón que moitas veces os núcleos de poboación nos que se asenta o colectivo titular do monte xa non poden ser cualificados de rurais sen facernos dubidar á hora de aplicarlles tal cualificativo, e unha grande parte da súa poboación xa non realiza ningunha daquelas actividades tan cotiás tan poucos anos atrás. E tanto é así que mesmo os aproveitamentos do monte se teñen diversificado e afastado dos tradicionais (actividades complementarias das explotacións familiares), introducíndose novas formas de explotación destes recursos forestais tendentes, fundamentalmente, a incrementa–lo grao de productividade e o rendemento económico dos mesmos.

Así as cousas, cremos que a esixencia por parte da Lei 13/1989 do exercicio dalgunha actividade relacionada co monte coma requisito necesario para a atribución da condición de comuneiro só ten sentido se se interpreta tendo en conta principalmente as anteriores circunstancias, e con relación ás mesmas o que viría significar sería a necesidade de que toda persoa aspirante a integrarse nunha destas comunidades veciñais manteña un certo grao de relación, por mínimo que este sexa[18], coa realización dalgunha daquelas actividades tradicionais (que noutrora non

[18] Xa con ocasión duns comentarios ós artigos 88 e 89 da Compilación de 1963, e en relación tamén coa primeira Lei estatal de Montes Veciñais tivo ocasión de sinalar GARCÍA CARIDAD que para a atribución a un suxeito da condición de comuneiro lle abondaba "a súa condición persoal de veciño con casa aberta e **labrador en sentido amplo**". E máis recentemente, nunha sentencia do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 11 de marzo do 1999 (*RXG.* 85, 1999) dáse a entender que abondaría para considerar acreditada

só formaban parte da natureza mesma destes colectivos veciñais senón que arredor das mesma xiraban a vida e as tradicións dos nosos pobos), tendo en conta ademais que é perfectamente compatible o exercicio dalgún outro traballo fóra do ámbito da comunidade por parte dun comuneiro co mantemento de unidades económicas (entendidas as mesmas no seu sentido patrimonial) relacionadas co monte[19], e que incluso nos atreveriamos a dicir que as referidas actividades non tería por que levalas a cabo directamente o cabeza de familia (agás nos casos nos que así o requirisen expresamente os estatutos da comunidade), ou cando menos non habería de ser así exclusivamente, senón que a súa realización podería recaer en calquera membro da unidade económica da que aquel resulte titular.

Ademais, as actividades ás que se refire o artigo 3 da Ley de Montes Veciñais en Man Común non teñen por que ter carácter homoxéneo, na medida na que o mesmo precepto nos obriga a atender para a súa determinación ós usos e costumes propios de cada comunidade, aínda que por suposto si debera de existir certa homoxeneidade respecto de tódolos membros dunha mesma comunidade veciñal. Esta permisividade en relación coa apreciación da concreta actividade que en cada caso haberá de resultar relevante permite modular de xeito importante a intensidade das mesmas, de maneira tal que o grao de esixencia deste requisito farase depender en grande medida do que veña constituíndo práctica habitual na comunidade de que se trate en cada caso e das características e peculiaridades propias da mesma.

Trataríase, en definitiva, da posible realización dun grupo de actividades diversas, normalmente de carácter agrario ou gandeiro, se ben entendidas as mesmas *lato sensu* e en ningún caso de maneira exclusiva, respecto das que o aproveitamento do monte entendido no seu sentido tradicional, é dicir, coma aproveitamento directo, podería resultar dalgún xeito complementario. Pero a concreción das actividades requiridas e da relación que habería de existir entre as mesmas e o monte quedaría, en virtude da imprecisión lexislativa existente ó respecto, ó arbitrio das distintas comunidades titulares que levarían a cabo a súa determinación, cando estimasen necesario facelo, respecto de cada unha delas en particular a través da redacción e posterior aprobación dos correspondentes preceptos estatutarios tendo en conta o amplo abano da tipoloxía de usos ou aproveitamentos permitidos, dando lugar á existencia dunha certa diversidade que podería chegar a provocar algunhas distorsións e desigualdades no réxime xurídico destes bens, máis en concreto na aplicación efectiva das normas que determinan o acceso á titularidade dos mesmos, polo que sería conveniente e beneficiosa a posibilidade de acadar unha maior precisión normativa (directamente na Lei ou por vía regulamentaria) respecto desta esixencia e da súa determinación obxectiva, sobre todo tendo en conta que a realidade que amosan as diferentes comunidades de montes, en función da consideración de numerosos factores, tales coma o grao de proximidade ós núcleos urbanos, o destino actual do monte, etc., pode ser moi diversa, como diversos son

---

a realización dalgunha destas actividades, por exemplo, o feito de cultivar unha pequena horta ou coidar dalgúns animais.

[19] Vid. sobre este particular a sentencia do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 28 de marzo de 1996, en *RXG* 42, 1996.

tamén os problemas que presentan en función das anteriores circunstancias[20].

Así, non será o mesmo falar de comunidades semiurbanas que daquelas outras de carácter marcadamente rural, do mesmo xeito que existirán diferencias entre as comunidades costeiras e as ubicadas en zonas de interior: os seus problemas e as súas necesidades presentarán, evidentemente, matices particulares, similares nalgúns casos pero ben diferenciados noutras ocasións. Nas comunidades moi próximas ós núcleos urbanos (comunidades periurbanas) será necesario dalgunha maneira limita–lo acceso á comunidade mediante a promulgación de normas estatutarias de carácter máis restrictivo, pois a actual tendencia de elixir coma lugar de residencia os lugares próximos ás grandes urbes afastándose do núcleo das mesmas provoca que aldeas e vilas de características esencialmente rurais vexan incrementada de maneira significativa a súa poboación mediante o asentamento de persoas que pouco teñen que ver coas mesmas e co seu tradicional xeito de vida e que, por ende, ningunha relación teñen cos seus montes, pero que ocasionalmente poden pretende–lo acceso ós beneficios que os mesmos xeran sobre todo canto estes son de carácter pecuniario; pola contra, o problema que se atopa en moitos núcleos rurais do interior é precisamente o contrario, pois debido ó alto grao de despoboación do que os mesmos veñen sendo obxecto nas últimas décadas en moitas ocasións non resulta doado manter vivas as comunidades veciñais, polo que á hora de establece–las normas polas que haberá de rexerse a incorporación de novos comuneiros a asemblea haberá de mostrarse moito máis permisiva que no suposto anterior.

De feito na práctica, mentres que nunhas comunidades se esixe para ingresar na mesma ser agricultor, gandeiro, ..., noutras a relaxación desta esixencia é tal que se permite a pertenza á comunidade de familias que non levan a cabo actividade ningunha daquelas que poderiamos denominar tradicionais. Esta maior ou menor rigorosidade na observancia de determinados requisitos á hora da admisión de novos comuneiros suporá necesariamente a existencia de comunidades cun escaso número de comuneiros fronte a outras de máis ampla composición, que ademais adoitan diferenciarse, respectivamente, porque mentres que nas primeiras se reparten os beneficios entre os veciños nas segundas os rendementos obtidos se dedican na súa totalidade a obras sociais ou se reinvisten novamente no monte.

Deste xeito, e como con acerto vén poñendo de manifesto a xurisprudencia dos nosos tribunais[21], a actividade relacionada co monte esixible en cada caso para dete–la condición de comuneiro non pode ser outra que aquela ou aquelas que realicen os demais comuneiros en aproveitamento e uso do destino propio do monte, destino que non haberá de ser necesariamente agrario, forestal, pecuario ou gandeiro,

---

[20] Non pode negarse a dificultade que nalgunhas ocasións entraña na práctica a constatación dunha serie de datos, máis ou menos obxectivos, que poñan de manifesto de maneira clara, contundente e irrefutable a vinculación do futuro comuneiro co monte e a realización por parte do mesmo dalgunha actividade relacionada con aquel, polo que coidamos necesario advertir da necesidade de buscar novas fórmulas legais que axuden, en certa medida, a levar a cabo aquela determinación tanto das actividades das que deba de tratarse coma do grao de vinculación ou dedicación que haberá de manterse coas mesmas.

[21] Vid., por todas, a sentencia do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 27 de outubro do 2000 (*RXG* 260, 2000).

como expresamente sinalan o artigo 3 da Lei 13/1989, de Montes Veciñais en Man Común, e o artigo 14 da Lei 4/1995, de Dereito civil de Galicia, que definen esta concreta institución xurídica con independencia das súas posibilidades productivas, do seu aproveitamento actual ou da súa vocación agraria. Resulta deste xeito fundamental para a determinación da condición de veciño comuneiro a necesidade de que conste dalgunha forma o destino que en cada caso sexa o relevante e propio do monte, o seu aproveitamento actual, pois do mesmo dependerá en grande medida a actividade que vaia ser esixible, sen que sexa posible polo tanto nesta materia ofrecer unha solución única e resultando imprescindible atender ás circunstancias específicas de cada caso concreto. Así, mentres nalgúns casos abondará co simple cultivo dunha horta ou o coidado dalgúns animais para poñer de manifesto a existencia dunha forma de vida plenamente integrada coa do resto de membros da comunidade titular, noutros supostos tales circunstancias resultarán irrelevantes ou, cando menos, non tan significativas, por se–lo destino actual do monte diferente dos tradicionais[22]. Necesidade, pois, dalgún tipo de actividade que reflicta ou poña de manifesto unha mínima relación co desfrute do monte, e que consecuentemente se corresponda coa derivada dos usos e costumes de cada concreta comunidade.

Non obstante, o que non pode facerse en ningún caso é prescindir (nin directamente nin relaxando ata límites extremos a súa esixencia) deste requisito, convertelo nunha cualidade exclusivamente formal valeira de todo contido material, pois de facelo así estaríase conculcando claramente a legalidade vixente, que o inclúe entre aqueles propios dos titulares do aproveitamento, e así o vén poñendo de manifesto de maneira reiterada a xurisprudencia do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, segundo a cal como xa vimos cando estamos a falar da necesidade de realizar algunha actividade relacionada co monte non podemos entender que do que se trata é de esixir unha actividade que poida cualificarse de profesional nin que teña exclusivamente natureza agraria ou forestal, pero si algunha que teña relación co aproveitamento do monte e que, ó mesmo tempo, se corresponda coa derivada dos usos e costumes da comunidade, sen que abonde para poder ostenta–la condición de veciño comuneiro a acreditación da titularidade de unidades económicas, o feito de ter casa aberta e residencia habitual na entidade de poboación á que tradicionalmente tivese estado adscrito o aproveitamento do monte ou mesmo ámbalas dúas circunstancias conxuntamente[23].

E é que o concepto de veciño comuneiro, cando nos referimos ó mesmo en relación coa titularidade dos montes veciñais en man común, non se converte no mero resultado da suma dos diferentes elementos que o integran, tales coma a vecindade mesma, a titularidade de unidades económicas, o feito de ter casa aberta ou mesmo a realización de actividades relacionadas co monte, senón que máis alá de permitiren interpretarse cada un dos mencionados coma requisitos autónomos e

---

[22] Ídem.

[23] Son varias as sentencias que podemos mencionar ó respecto. Así, por exemplo, a sentencia do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 11 de marzo de 1999 (*RXG* 85, 1999), a sentencia da Audiencia Provincial de Pontevedra do 19 de outubro de 1999 (*ArC.* 6465, 1999), a sentencia do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 27 de outubro do 2000 (*RXG* 260, 2000) ou a do mesmo Tribunal Superior do 9 de xuño do 2000 (*Ar.* 4317, 2001).

independentes todos eles veñen contribuír, de maneira unitaria (se ben non homoxénea, dada a diferente natureza dos mesmos) a facilitar unha mellor apreciación ou percepción do vínculo que une ó suxeito co monte, da vecindade en cada caso relevante, vecindade que por outra banda forma parte da esencia mesma dos montes veciñais, da súa propia e característica natureza xurídica, contribuíndo mesmo á súa definición.

E é, en definitiva, a realización daquelas actividades a que une ó veciño coa casa e á casa co monte[24], polo que aínda sendo evidente que polas razóns expostas non pode entenderse esta relación dos posibles comuneiros co monte do mesmo xeito que viña facéndose tradicionalmente, coidamos asemade que si haberá de manterse o espírito e a finalidade última daquela esixencia, que non é outra que, unha vez máis e do mesmo xeito que acontece respecto do resto de requisitos obxectivos determinantes do acceso á titularidade do monte, demostra–lo arraigo do futuro comuneiro, a súa integración continuada e estable na colectividade social correspondente e na vida da mesma e ó mesmo tempo, e como ben din REBOLLEDO VARELA[25] e DÍAZ FUENTES[26], evita–la entrada na Comunidade e a participación nos beneficios xerados pola mesma de persoas estrañas que se achegan con esta única finalidade. Cumpre, deste xeito, unha función precautoria, no sentido de tentar impedi–la ampliación da comunidade veciñal mediante a integración na mesma daqueles individuos que, aínda residindo habitualmente dentro da área xeográfica sobre a que se asente o grupo social que tradicionalmente aproveitou o monte[27], na súa casa aberta non desenrola ou exerce actividade algunha, por complementaria ou accesoria que sexa, que lle permita tamén a el poder aproveita–lo monte, referíndonos principalmente ó aproveitamento como actividade directa sobre o monte, máis alá da mera percepción económica de certos beneficios ou rendementos pecuniarios.

Tese distinta sobre este particular é a sostida por DÍAZ FUENTES[28] segundo o cal "la actividad relacionada con el monte no puede referirse más que a la realizada por la comunidad global, como ejercicio posesorio de la misma, exponente de su pertenencia", polo que en consecuencia considera que non cómpre interpretar que esta actividade "deba de exigírsele al vecino para ser reputado comunero, porque en

---

[24] Sentencia do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 9 de xuño do 2000 (*Ar.* 4317, 2001).

[25] Segundo este autor, a esixencia legal aínda cando "non se identifique coa realización dunha actividade agraria exclusiva nin coa condición de profesional da agricultura, si cando menos haberá de desenrolarse unha actividade en relación co aproveitamento do monte, e non calquera actividade senón algunha das que corresponda co aproveitamento tradicional do mesmo segundo os usos e costumes da Comunidade, requisitos todos eles que, aínda que aparentemente restrictivos, non teñen outra finalidade que, dado o desenrolo actual da vida rural en Galicia, evita–la irrogación de dereitos e a integración na Comunidade veciñal coa participación nos seus beneficios económicos xeralmente relacionados coa tala e venda de madeira, por parte de quen, aínda tendo residencia habitual e domicilio familiar no lugar ou parroquia, sen embargo non exercen ningunha actividade agraria ou gandeira" (en *Los Derechos Reales en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia (Montes vecinales en mano común, aguas, servidumbre de paso y serventía)*, Ed. Revista Xurídica Galega, 1999, p. 32.

[26] En *Montes Vecinales...*, cit., pp. 98 e ss.

[27] Artigo 4 do Regulamento de Montes Veciñais en Man Común (Decreto 260/1992, do 4 de setembro).

[28] En *Montes Vecinales...*, cit., pp. 96 e ss.

ese caso se estaría impidiendo la renovación natural y social de la propia comunidad, si nadie pudiese ser comunero sin haber realizado antes actividad relacionada con el monte y no se puede tener tal actividad sobre el monte mientras uno no sea comunero", polo que segue a dici–lo mencionado autor que "entraríamos en un círculo vicioso, sin posible solución". Nós non podemos estar de acordo con estas argumentacións, por canto coidamos que DÍAZ FUENTES confunde na súa construcción dous conceptos que deben de quedar ben diferenciados, por faceren referencia a realidades distintas e, basicamente, a momentos distintos na relación do veciño co monte: o exercicio de actividades relacionadas co monte esixido polo artigo 3 da Lei de Montes Veciñais en Man Común, por un lado, e que haberá de poder apreciarse previamente á atribución da condición de comuneiro e precisamente para que poida producirse aquela atribución, e os aproveitamentos do monte, regulados nos artigos 21 a 23 do mesmo texto normativo, por outro, que son a manifestación principal dos dereitos do comuneiro sobre a *res* unha vez que lle foi recoñecida a condición de tal.

A atribución da condición de comuneiro haberá de determinarse polos estatutos das distintas comunidades de montes (*ex* art. 16.1.a LMVMC) con arreglo ó disposto no artigo 3.1 daquela; segundo o mesmo, a titularidade dominical e o aproveitamento dos montes veciñais correspóndelle a aqueles veciños que, ademais de ser titulares de unidades económicas, ter casa aberta e residir habitualmente nas entidades de poboación ás que tradicionalmente tivese estado adscrito o seu aproveitamento, veñan exercendo algunha actividade relacionada cos mesmos, actividade da cal a súa concreción definitiva dependerá, como vimos de ver, dos usos e costumes de cada comunidade concreta; por outra banda, segundo o artigo 21.1 da Lei de Montes Veciñais en Man Común o aproveitamento e goce dos montes veciñais en man común corresponde en orixe á comunidade titular, exclusivamente ós membros daquela. Deste xeito, mentres que a unha persoa non se lle ten recoñecida a condición de comuneiro non pode formar parte da comunidade titular do monte e, en consecuencia, non ten acceso ós aproveitamentos do mesmo (os que DÍAZ FUENTES denomina "actividade [...] realizada pola comunidade global, coma exercicio posesorio da mesma"), e a mencionada condición de comuneiro só se lle recoñece (salvo supostos excepcionais consignados expresamente nos estatutos, e sempre e cando os mesmos non contrarien a legalidade vixente) a aqueles suxeitos nos que concorran todas e cada unha das circunstancias enumeradas polo artigo 3.1 da Lei de Montes Veciñais en Man Común, entre as que se atopa a agora controvertida, tendo que producirse a apreciación da mesma con carácter previo ó ingreso na comunidade e con carácter de *condictio sine qua non* para que se produza tal ingreso.

Tamén viría apoia–la nosa tese unha mera interpretación literal do tan citado artigo 3.1 da Lei de Montes Veciñais en Man Común, pois como xa sinalamos en liñas precedentes no mesmo recóllense unha serie de circunstancias, entre elas a que agora é obxecto de análise, de obrigada observancia e cumprimento para a determinación daquelas persoas ás que lle corresponde a "titularidade dominical e aproveitamento" dos montes veciñais, polo que se o propio lexislador autonómico inclúe no mesmo precepto ámbolos dous conceptos, e incluso condiciona o dereito ó aproveitamento á existencia da realización daquelas actividades, coidamos que

cómpre afirmar que claramente haberá de tratarse de dúas realidades distintas: dunha parte, estariamos a falar dun dos requisitos obxectivos de obrigado cumprimento para o acceso á titularidade dos montes veciñais, e doutra estariamos a referirnos a un dos dereitos, o principal, que son inherentes a aquela titularidade, e ós que só se accede unha vez acadada a mesma mediante a acreditación dos correspondentes requisitos. Asemade, calquera actividade levada a cabo por un suxeito sobre o monte con carácter previo ó seu recoñecemento coma comuneiro sería ilícita, por supoñer unha intromisión nunha propiedade allea, o exercicio de potestades dominicais que non lle corresponden, e coma tal podería ser impedida polo resto de membros da comunidade adoptando as oportunas accións (xudiciais ou extraxudiciais) ó respecto.

Respecto deste particular a xurisprudencia maioritaria vén dárno–la razón cando afirma que a expresión legal controvertida, é dicir, "actividade relacionada co monte", non parece que poida circunscribirse á realizada polo conxunto de veciños, pola comunidade coma grupo social e colectivo, á mera actividade posesoria da mesma, de maneira que non sexa esixible tal condicionamento ó veciño individualmente considerado para poder ostenta–la condición de comuneiro; e tampouco a esixencia a título individual da acreditación daquela circunstancia viría obstaculiza–lo dereito de incorporación de novos membros á comunidade por non existir para eles a posibilidade, de non ser de maneira clandestina, de realizar actividades daquela natureza, por canto resulta obvio, polas razóns xa expostas, que aquela incorporación non se pode facer depender do exercicio efectivo dunha actividade no monte, senón que o que legalmente se require é a realización dunha actividade *relacionada co monte*, é dicir "unha actividade que por relacionarse co monte determina dalgunha maneira o dereito ó aproveitamento"[29].

Esgrímense para a defensa de tales argumentos mesmo razóns de índole sintáctica ou gramatical, coma "o uso da terceira persoa do plural do presente de subxuntivo do verbo vir e do xerundio do verbo exercer" –lembremos que o precepto

---

[29] Sentencia do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia do 27 de outubro do 2000 (*RXG* 260, 2000). En contra, vid. a sentencia da Audiencia Provincial de Pontevedra do 8 de xuño do 2000 (*ArC.* 3771, 2000), que considera que a pesares do teor literal do artigo 3.1 da Lei 13/1989, no que se recollen os requisitos configuradores da condición de comuneiro, e que parece esixi–la concorrencia de varios presupostos para que se produza a atribución de tal condición (veciñanza e residencia habitual, titularidade de unidades económicas, profesionalidade agraria e exercicio dalgunha actividade relacionada co monte conforme ós usos e costumes da comunidade), a interpretación que do mencionado precepto vén facendo unha parte da doutrina "es la de considerar que el único requisito realmente exigible para adquirir tal condición es el de la vecindad o residencia habitual, con independencia económica y de habitación (en *casa abierta* que constituya hogar propio) en el núcleo de población a que se encuentre adscrito el aprovechamiento del monte, circunstancia ésta ya de por sí reveladora de un propósito de asentamiento en el hábitat rural e integración en el colectivo social a quien se atribuye la titularidad del monte"; este mesmo pronunciamento xudicial, respecto da plasmación legal da necesidade de vir realizando algunha actividade relacionada co monte, considera que tampouco tal circunstancia resulta esixible a aquel que pretenda o seu recoñecemento coma comuneiro "dada ya en principio la posible y cambiante diversidad de destinos y aprovechamientos del monte (muchos de los cuales no requieren activa dedicación personal por parte de los comuneros)", ó que engade aínda que a imposición de tal esixencia "impediría el ingreso de nuevos comuneros en la comunidad en cuanto que ninguno de los que viniese a establecerse en el lugar podría invocar relación con el monte antes de ingresar en ella", seguindo o Tribunal explicitamente neste punto a xa comentada tese de DÍAZ FUENTES.

di expresamente *veñan exercendo*–, o que dende un punto de vista estrictamente gramatical require unha pluralidade de suxeitos, pluralidade que non é outra que a dos veciños individualmente considerados, por canto se se referise ó conxunto "o correcto lingüisticamente sería usa–lo tempo do verbo en singular", e mesmo a propia ubicación sistemática do artigo 3 dentro do Título Preliminar da Lei 13/1989, por canto a súa inclusión baixo a rúbrica "Disposicións xerais" non implica en ningún caso que os preceptos contidos na mesma teñan que referirse exclusivamente á comunidade no seu conxunto e non poida facelo ós veciños integrantes desta.

Por último, sinalar que non deixa de ser tamén especialmente significativo o feito de que o lexislador galego de 1989, a diferencia do que fixera o seu homónimo estatal unha década antes, optase pola inclusión expresa de tan concreta referencia legal, botando man de vocablos e conceptos de contido gramaticalmente tan claro coma "aproveitamento" ou "actividade", e mesmo precisando aínda respecto desta última que haberá de corresponderse cos usos e costumes da comunidade, se simplemente quixese reducir aquela á mera actividade posesoria levada a cabo pola comunidade no seu conxunto. Máis ben ó contrario, en absoluto parece que poida reducirse a esixencia de tal actividade á existencia dunha xenérica relación co monte concretada na colectividade titular e non no suxeito individualmente considerado, e por ampla e flexible que queira facerse a interpretación do requisito legal parece que debe de obrigar a algo máis, "so pena de minimizar en exceso el insoslayable propósito de un legislador que se ha detenido en una visible precisión de detalle"[30], propósito que, como xa vimos, non é outro que, debido á inevitable evolución social, evitar que persoas totalmente alleas ó monte e que carecen de toda relación co mesmo pretendan irrogarse dereitos que non lle corresponden.

[30] Sentencia da Audiencia Provincial de Pontevedra do 19 de outubro de 1999 (*ArC.* 6465, 1999).

MONTES VECINALES EN MANO COMÚN

Isabel Julia González Dorrego
Registradora de la Propiedad

SUMARIO: I. Breve introducción histórico–legislativa.– II. Líneas fundamentales: capacidad jurídica y orden jurídico–civil.– III. Excepciones a la inalienabilidad: análisis comparativo de la Ley estatal de 1980, Ley gallega de 1989 y su Reglamento de 1992: *1. Cesión.– 2. Expropiación forzosa–Servidumbres.– 3. Derecho de superficie.– 4. Permutas.– 5. Arrendamientos.– 6. Concentración parcelaria.– 7. Gravámenes.*– IV. Régimen fiscal.– V. Impacto ambiental.

I. Breve introducción histórico–legislativa:

Los montes vecinales en mano común son una especial forma de comunidad que en Galicia se conservó a través de los siglos pero cuyo reconocimiento legal no se produce hasta 1957, con la Ley de Montes de 8 de junio.

La Real Orden de 22 de mayo de 1848 en su artículo 1 decía: *"La legislación administrativa vigente no reconoce la diferencia que se pretende establecer entre los montes del común de los pueblos y los del común de vecinos".*

Se le daba la espalda a una peculiar organización colectiva consuetudinaria, que se mantuvo desde tiempos remotos por la voluntad de unos vecinos a través de un uso reiterado, a la que la doctrina más autorizada y la jurisprudencia estudiaban, definían y perfilaban.

La defensa de los montes frente a la actuación indiscriminada y prepotente de los ayuntamientos que pretendía obtener la titularidad de los mismos, dio origen a una reiterada jurisprudencia. Es destacable la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1926 que establecía que un monte antes propiedad del Estado, pero redimido luego por los vecinos aprovechándose de la legislación desamortizadora es privado y no comunal y por tanto si está incluido en el catálogo de los públicos debe excluirse; y no obsta a esta naturaleza privada el hecho de hallarse unidas inseparablemente la condición de copropietarios del monte y la de vecino, pues esta circunstancia no responde "a relación de carácter público, administrativo y municipal sino de orden puramente civil y privado derivado tan sólo del nexo jurídico consiguiente al hecho de la convivencia colectiva en el disfrute indiviso del monte en cuestión".

El reconocimiento legal llegaba tarde, con la Ley de Montes de 8 de junio de 1957 en cuyo párrafo tercero del artículo 4 se establecía: *"La presente ley reconoce y reglamentará la existencia en las provincias de La Coruña, Lugo, Orense y Pontevedra de montes pertenecientes en mano común a los vecinos de las consuetudinarias demarcaciones parroquiales, que serán vinculados a los Ayuntamientos respectivos, los cuales regularán el disfrute de sus aprovechamientos de manera que, sin prejuicio de los intereses generales de cada municipio, reciban una justa participación los vecinos con derecho a los mismos".*

Criticable e injustificada vinculación recogida también en la Compilación de Derecho civil especial de Galicia de 2 de diciembre de 1963 que únicamente les dedicó dos artículos (88 y 89) bajo el capítulo I ("Comunidades en materia de montes"), del título V ("Formas especiales de comunidad").

La primera ley especial reguladora de los montes vecinales en mano común es la Ley de 27 de julio de 1968, a la que siguió su Reglamento de 1970.

La Constitución española en su artículo 148.1 establece: *"Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: 8.º – Los montes y aprovechamientos forestales".*

Se dicta en el año 1980 la segunda Ley estatal de 11 de mayo de Montes Vecinales en Mano Común que establece la titularidad privada de los mismos y acaba con la intervención de los ayuntamientos.

En 1981 el Estatuto de Autonomía de Galicia, Ley orgánica 1/1981, en el título II ("De las Competencias de Galicia") capítulo I ("De las Competencias en General"), en su artículo 27 establece: *"En el marco del presente Estatuto corresponde a la Comunidad Autónoma gallega la competencia exclusiva de las siguientes materias: 11.º – Régimen Jurídico de los montes vecinales en mano común".*

La Ley 7/1987 (Parlamento de Galicia), de 10 de noviembre, sobre la Compilación de Derecho civil de Galicia en su disposición derogatoria segunda deroga, en tanto en cuanto no estuviese ya derogado, el capítulo I del título V de la Ley 147/1963, de 2 de diciembre, suprimiéndose sus artículos 88 y 89.

Llegamos así a la Ley 13/1989, de 10 de octubre, de Montes Vecinales en Mano Común y al Reglamento para la ejecución de la Ley 13/1989, aprobado por Decreto 260/1992, de 2 de septiembre, normativa vigente en la materia.

La Ley de Derecho civil de Galicia, Ley 4/1995, de 24 de mayo, en su artículo 14 establece que los montes en mano común se regirán por su legislación específica y recoge la definición que de los mismos se hace en el artículo 1 de la Ley de 1989, pero precisando "la condición de vecinos con casa abierta y con humo".

II. Líneas fundamentales: capacidad jurídica y orden jurídico–civil:

La Ley 13/1989, de 10 de octubre, de Montes Vecinales en Mano Común en su artículo 1 establece: *"Son montes vecinales en mano común y se regirán por esta Ley los que, con independencia de su origen, sus posibilidades productivas, su*

aprovechamiento actual y su vocación agraria, pertenezcan a agrupaciones vecinales en su calidad de grupos sociales y no como entidades administrativas, que se vengan aprovechando consuetudinariamente en régimen de comunidad sin asignación de cuotas por los miembros de aquéllas en su condición de vecinos" y en su artículo 2 comienza *"Los montes vecinales en mano común son bienes indivisibles, inalienables, imprescriptibles e inembargables"*.

Se pueden trazar las siguientes líneas fundamentales de los montes vecinales en mano común:

1) Titularidad plural y variable (vecinos que integren en cada momento la comunidad vecinal) y de naturaleza privada.
2) Comunidad germánica o en mano común (*condominium iuris germanici*), esto es, los montes pertenecen a la colectividad sin atribución de cuotas, en la que ningún comunero puede disponer o enajenar ni existe la acción de división. El aprovechamiento es colectivo y cada comunero tiene el derecho de propiedad completo.
3) Son indivisibles, inalienables, imprescriptibles e inembargables. Regla que tiene sus excepciones que veremos más adelante.
4) Pertenecen al orden jurídico–civil.

Inicialmente nos encontramos con una comunidad germánica carente de personalidad jurídica.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19–06–1997 recordaba: "Ni los comentaristas ni la jurisprudencia ni las Leyes sucesivas dudaron en atribuir la titularidad de estos montes a los grupos sociales desprovistos de personalidad jurídica, sin ninguna relación formal con los entes municipales".

El relanzamiento económico de estos montes dio lugar a que se replantease el tema. Es competencia del legislador el crear o reconocer la personalidad jurídica, así la Ley de 1968 para zanjar cualquier polémica estableció: *"La comunidad tendrá personalidad jurídica para cumplimiento de sus fines, incluso el ejercicio en vía judicial o administrativa, de cuantas acciones sean precisas para la defensa de sus específicos intereses"*.

La Ley de 1980 en su artículo 5.1 establece: *"Tendrá plena capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines"*.

La Ley gallega de 1989 en su artículo 4.1 dispone: *"La comunidad de vecinos propietaria de un monte vecinal en mano común tendrá plena capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines y la defensa de sus derechos, sobre el monte y sus aprovechamientos, así como sobre su administración y disposición, en los términos establecidos en la presente Ley"*. A lo que el Reglamento de 1992 en su artículo 32 añade: *"Tendrá plena capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines incluido el ejercicio tanto en vía judicial como administrativa de todas las acciones que sean necesarias para la defensa de sus específicos intereses"*.

Se emplea el término capacidad jurídica y no personalidad jurídica y no fue un olvido sino una sustitución deliberada del término personalidad por el de

capacidad. La doctrina sostiene que es una incongruencia hablar de comunidad con personalidad puesto que son términos contradictorios. Así DÍAZ FUENTES opina que no tienen personalidad jurídica, sin embargo para GARCÍA CARIDAD estamos ante una persona jurídica.

Como dice PUIG BRUTAU la personalidad es una cualidad concedida por el Derecho y como atributo derivado de la personalidad surge la capacidad jurídica que es la aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas, de tener, de poseer derechos.

En definitiva si se le reconoce capacidad jurídica y ésta deriva de la personalidad es porque la tiene. Además los integrantes de la comunidad no son personas determinadas individualmente sino por su cualidad de vecinos, por lo que la única explicación conceptual del cambio de sus titulares es la existencia de una persona jurídica, una entidad distinta de los vecinos. La comunidad vecinal legalmente constituida tiene personalidad, si bien, con capacidad jurídica limitada en los términos establecidos por la Ley y el Reglamento. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 19–06–1997, a pesar de esa declaración general antes citada, en su Fundamento de Derecho noveno dice: "Y por lo que se refiere a los demandados las Comunidades vecinales de San Xulián de Laíño y Santa de María de Dodro en cuanto no están constituidas formalmente carecen de personalidad...", *sensu contrario*, si están formalmente constituidas tienen personalidad.

Los aprovechamientos seculares y tradicionales del monte (caza, pastoreo, producción de piensos, obtención de leñas, esquilmos, cultivos...) se ven superados por las nuevas formas de explotación que suponen un rendimiento económico mayor. Piénsese en la industria maderera, plantaciones de eucaliptus, turismo, parques eólicos... Los ingresos pecuniarios obtenidos con el aprovechamiento del monte se multiplican y es por ello que algunos autores entienden que debe dotarse a las comunidades vecinales de una capacidad jurídica mayor, sin restricciones, lo que conllevaría su entrada en el tráfico jurídico, reconocerle la posibilidad de adquisición de inmuebles y así se protegería mejor el interés del grupo social.

Es un tema de política legislativa, pero entendemos que reclamar una capacidad jurídica más allá de los límites establecidos es una pretensión que desnaturaliza la institución, no responde a una necesidad sentida, carece de antecedentes históricos, de hecho y de derecho y no es un fin de tal entidad, intensidad y alcance que exija una especial protección.

No tiene capacidad para realizar con carácter general cualesquiera actos de disposición y administración. La comunidad no puede realizar más actos que los previstos expresamente en su legislación (permuta, cesión...).

No obstante, podría ampliarse su capacidad a otros actos, limitados y con carácter excepcional, dada la naturaleza de esta comunidad, pero necesarios para el cumplimiento de sus fines. Así, un tema a estudiar por su interés colectivo, y que viene planteándose por las comunidades vecinales, es la adquisición del local comunal, un lugar para la adopción de acuerdos, celebración de reuniones y establecimiento de servicios comunitarios. Esta adquisición estaría fuera de la capacidad jurídica que la Ley les otorga pero entendemos que es un supuesto especial

que debería estudiarse en una futura reforma, por cuanto es necesario para la consecución de sus fines, de interés para el grupo social y de clara utilidad colectiva.

*****

Desde un primer momento en esta figura existía una titularidad privada sin ingerencias de la Administración, pero durante mucho tiempo se confundieron los términos montes comunales y los del común de vecinos. Como dice AURELIO GUAITA "en esta modalidad el sujeto propietario está integrado por todos o gran parte de los habitantes de un pueblo. Pero no se trata, como en los montes comunales, de usufructuarios, que lo son en cuanto vecinos (relación de Derecho Público frente al Municipio), sino de auténticos propietarios que lo son a título de comunidad".

Aunque les pertenezcan en mano común son de naturaleza privada.

Ya vimos que la Ley de 1957, los vinculaba a los ayuntamientos, algo extraño a esta figura que se desarrolla a lo largo de la historia sin intervención foránea alguna.

La importante sentencia del Tribunal Supremo de 1926 remarcaba su naturaleza privada. Lo que resulta inexplicable es cómo la Compilación de 1963 recogió la vinculación a los ayuntamientos aún cuando precisara *"sin que bajo ningún pretexto puedan verificarse alteraciones en cuanto a los destinatarios del disfrute de esos montes"*.

Como decía PEDRO GONZÁLEZ LÓPEZ "si esa llamada vinculación constituye un aspecto puramente tuitivo ninguna fundamentación jurídica la apoya y si se entiende como absorción del dominio o limitativo de éste, o con él, es un dislate". "La titularidad de los montes es de naturaleza privada".

La sentencia del Tribunal Supremo de 17–01–1967 decía que la titularidad corresponde a los vecinos no a los ayuntamientos y que el artículo 89 de la Compilación cuando dice que están vinculados a los ayuntamientos sólo significa un intervencionismo administrativo en orden a la regulación del disfrute y aprovechamiento de esos montes.

La Ley de 1968 desnaturaliza la figura y es objeto de duras críticas. Así MANUEL FIGUEROA MOSTEIRO y PABLO FIGUEROA DORREGO, en un trabajo presentado en el I Congreso de Derecho Gallego, entre sus críticas a la misma señalan que mezcla preceptos de Derecho civil con normas claramente administrativas, luego de reconocer la propiedad a favor de los vecinos establece una ingerencia injustificada de la autoridad municipal, va contra el principio de la unidad de jurisdicciones, sustrayendo a la ordinaria materias propias de ésta, para atribuirlas gratuitamente a la administrativa...

Posteriormente la Ley de 1980 fue más liberalizadora. Señaló su naturaleza privada y suprime la intervención municipal. Así se llega a la Ley gallega de 1989, que en su artículo 3.1 comienza estableciendo: *"La propiedad de los montes vecinales en mano común, con independencia de su origen, es de naturaleza privada*

y colectiva", pero en su regulación da un paso en la administrativización de la figura y su Reglamento de 1992 en su Exposición de Motivos ya señala que "es evidente que las cuestiones sobre la propiedad están en la órbita del derecho civil, pero no hay que olvidar que a la vez son bienes de utilidad pública", "su régimen jurídico se reparte entre el derecho administrativo y el derecho civil".

Con el Reglamento el control de la Administración se endurece. Se crea artificialmente un entramado administrativo del que originariamente carecían estas comunidades de vecinos y que no responde a la realidad ni corresponde a una propiedad privada. Informes, tramitación de expedientes, la clasificación de estos montes debía ser competencia de la jurisdicción ordinaria y no de un organismo administrativo como administrativo es también el Registro de Montes que se crea.

Varias sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia sientan que, promovida una contienda judicial que afecte a la propia declaración del monte, a su titularidad o, en general, a los derechos que a tales montes atañen, es la jurisdicción civil la competente para dirimirlos y que estamos ante una materia estrictamente civil por cuanto afecta a la propiedad privada.

En definitiva, esta institución se encuadra en el Derecho civil pero las intromisiones administrativas son tantas que desdibujan la separación antes existente.

Es cierto que intereses superiores, del colectivo, de utilidad pública, de las generaciones futuras, de protección del patrimonio natural y el establecimiento de beneficios fiscales, requieren un cierto control de la Administración pero que en este caso consideramos excesivo.

III. Excepciones a la inalienabilidad: análisis comparativo de la Ley estatal de 1.980, Ley gallega de 1.989 y su Reglamento de 1992:

1. Cesión:

Hay que distinguir entre:

a) CESIÓN TEMPORAL: total o parcial, onerosa o gratuita, para obras, instalaciones, servicios u otros fines que redunden principalmente en beneficio de la comunidad de vecinos. Esta cesión es contemplada por la Ley estatal en su artículo 3.1 y la gallega en su artículo 5. El Reglamento de 1992 (artículo 5) añade que esta cesión temporal requiere previo informe de la Consellería de Agricultura, Ganadería y Montes y establece un plazo máximo de treinta años si es a favor de particulares, que la Ley de 1989 no fija.

b) CESIÓN POR TIEMPO INDEFINIDO: en favor de Administraciones Públicas, destinada a equipamientos a favor de la Comunidad y en tanto se mantenga el fin. Es una novedad de la Ley de 1989 (artículo 5) y su Reglamento exige el previo informe de la Consellería antes citado.

2. Expropiación forzosa–Servidumbres:

Cabe la expropiación forzosa o imposición de servidumbres por causa de

utilidad pública o interés social prevalentes a los del propio monte, según ambas leyes (artículos 3.2 y 6 respectivamente).

La Ley de 1980 exige declaración expresa, previo informe del Ministerio de Agricultura y oídas las comunidades afectadas. Las cantidades abonadas se invertirán en obras y servicios de interés general y permanente para la comunidad vecinal.

Según la Ley de 1989 esas cantidades se destinarán en primer lugar a la mejora del monte, a obras y servicios de interés general de la comunidad vecinal o, en su imposibilidad, se repartirán entre los comuneros y además establece la subsistencia de la comunidad en caso de expropiación de todo el monte como titular del eventual derecho de reversión.

El Reglamento de 1992 regula en su artículo 6 la expropiación forzosa y en el artículo 7, ocupaciones y servidumbres.

Para la expropiación forzosa exige declaración expresa de la Xunta de Galicia, previo informe de la Consellería de Agricultura, Ganadería y Montes y oídas las comunidades afectadas, regulando en su artículo 6 un expediente en el que si el criterio del Conselleiro de Agricultura, Ganadería y Montes e favorable seguirá la tramitación y si hay discrepancia resolverá el Consello de la Xunta.

Para las ocupaciones y servidumbres establece en su artículo 7 previo expediente en el que se acredite su compatibilidad con el fin y la utilidad pública que califica el monte para lo que la delegación provincial correspondiente redactará la oportuna memoria, dicha delegación dará audiencia, por término de quince días, a los beneficiarios y a la comunidad vecinal, elevando las actuaciones con su informe a la Dirección General de Montes y Medio Ambiente Natural. Para las ocupaciones es necesario el consentimiento de la comunidad vecinal y si se opone se dará por concluso el expediente.

3. Derecho de superficie:

La Ley de 1980 en su artículo 3.3 regula el derecho de superficie con destino a instalaciones, edificaciones o plantaciones: plazo máximo treinta años.

A la vista del artículo 7 de la Ley de 1989 y del artículo 8 de su Reglamento podemos distinguir:

a) Derecho de superficie con destino a instalaciones o edificaciones: Plazo máximo treinta años.

b) Derecho de superficie con destino a cultivos agrícolas: plazo máximo diez años. Se exige previa autorización de la Dirección General de Montes y Medio Ambiente Natural si supone cambio de masa forestal a producción agraria.

c) Derecho de superficie con destino a aprovechamientos forestales de arbolado: Plazo máximo el correspondiente a un único turno de la especie plantada, ni para otra clase de aprovechamientos que el de la corta del arbolado plantado. Es necesario fijar en el documento correspondiente el

número máximo de años en que se procederá a la corta del arbolado y en cuanto a las plantaciones de eucaliptus se exige acompañar un estudio de impacto ambiental conforme al Decreto 81/1989, de 11 de mayo.

El derecho de superficie es prorrogable sin exceder de los plazos máximos fijados.

El Decreto 81/1989 sobre medidas de ordenación de las nuevas plantaciones de eucaliptus trata de proteger el patrimonio natural de Galicia frente a su excesivo crecimiento y evitar que llegue a la dominancia de masas y a dificultar su control. Así en su artículo 2 establece en su número 1 que las nuevas plantaciones superiores a cinco hectáreas de masa continua requieren autorización de la plantación y si son superiores a cincuenta hectáreas, en su número 2, exige un estudio de evaluación del impacto ambiental y se reservará un diez por ciento de la superficie para distintas especies; en su artículo 3 no permite nuevas plantaciones de eucaliptus en tierras ocupadas por masas de otras frondosas y se establecen distancias mínimas de seis metros lineales con fincas colindantes de cultivos agrícolas u otras poblaciones arbóreas que han de respetarse así como todo lo señalado en el Decreto 2661/1967; y, según su artículo 4 el régimen de aprovechamientos, licencias de corta, infracciones y sanciones en masas de especies frondosas de crecimiento lento se regirá por el Reglamento de Montes de 1962.

Tanto la legislación estatal como la gallega exigen para su constitución escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad. Es un caso de inscripción constitutiva, si no se inscribe no se constituye el derecho real. La inscripción constitutiva es esencial para que nazca el derecho.

También ambas lo configuran como un derecho transmisible y susceptible de gravamen y al caducar el derecho revertirá a la comunidad vecinal la propiedad de todo lo instalado, edificado o plantado sin indemnización alguna. La extinción del derecho de superficie conlleva la de todos los derechos que lo graven y si la titularidad del suelo y del derecho de superficie recayeren en una misma persona las cargas continuarán gravándolos separadamente.

La Ley de 1980 contempla que la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada por la concesión, un canon periódico, en la adjudicación de parte del vuelo, en varias de estas modalidades a la vez, o en otras diferentes y se regirá este derecho por las disposiciones de su artículo 3, su título constitutivo y subsidiariamente por el Derecho privado.

La Ley de 1989 señala que este derecho se regirá por su título constitutivo, la presente Ley y subsidiariamente por el Derecho privado y en el último apartado del artículo 7 establece que se procederá a su delimitación cuando afecte a parte del monte a efectos de proceder a su inscripción el Registro de la Propiedad, que no es sino una consecuencia del principio hipotecario de especialidad o determinación.

Especial referencia haremos a la reversión de los aerogeneradores instalados en los montes vecinales en mano común al término del plazo de duración del derecho de superficie.

El número de parques eólicos aumenta cada vez más en la geografía gallega y reportan importantes ingresos económicos para las comunidades vecinales, que perciben un elevado canon por cada aerogenerador instalado.

El derecho de superficie se rige en primer lugar por su título constitutivo y en esta materia se suele pactar en la escritura la retirada por el superficiario de todas las instalaciones construidas, sean móviles o fijas, al extinguirse el derecho. El problema se plantea cuando no pactan nada al respecto y la Ley de 1989 establece que revertirá todo lo edificado, instalado o plantado sin indemnización alguna.

Los aerogeneradores son desmontables de su base. ¿Tienen la naturaleza de bienes inmuebles? Una interpretación literal del artículo 334 del Código civil debe llevar a una respuesta negativa, ya que, si bien se trata de "máquinas destinadas a la explotación o industria y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma", sin embargo no han sido destinadas a la explotación por el "propietario de la finca" (como exige dicho artículo) sino por el superficiario (titular de un derecho real sobre la finca distinto del dominio).

Desde el punto de vista fiscal, según la jurisprudencia de la sala de lo contencioso–administrativo del Tribunal Supremo sobre el artículo 103 de la Ley 39/88 de Haciendas Locales (3 de abril de 1996, 29 de mayo de 1996, 24 de marzo de 1999, 30 de abril de 2001) la base imponible del impuesto municipal sobre construcciones, instalaciones y obras es el coste de transformación del terreno para la implantación de la industria y el coste de montaje de la maquinaria, pero no el precio de adquisición de ésta, siempre que la maquinaria haya sido construida por un tercero fuera de la obra.

Aplicando esta doctrina al tema de los aerogeneradores hay que concluir que si los aerogeneradores son elementos desmontables y susceptibles de ser separados de su plataforma de instalación "sin quebrantamiento de la materia ni deterioro del objeto" (artículo 334–3.ª del Código civil) no tienen a efectos de dicho impuesto local, la consideración de "construcción, instalación u obra" y en consecuencia, no habiendo sido los aerogeneradores "construidos" por el superficiario, pueden ser retirados por éste, al término del derecho de superficie y no están sujetos a reversión (salvo pacto en contrario).

4. Permutas:

La Ley de 1980, en su artículo 2.2, y la de 1989, en su artículo 8, regulan la permuta de terrenos de estos montes por otros terrenos colindantes de valor similar. Si bien la Ley de 1980 señala que tendrá lugar *"excepcionalmente"* y la de 1989 *"cuando razones de utilidad o interés social de las comunidades de vecinos lo aconsejen"*, *"dando cuenta al jurado provincial de clasificación"*. El Reglamento de 1992 en su artículo 9 exige, además, informe favorable de la Consellería de Agricultura, Ganadería y Montes sobre igualdad de valor y proximidad de los terrenos. La comunidad dará traslado a la sección provincial del Registro de Montes Vecinales en Mano Común, en un plazo máximo de dos meses, adjuntando la siguiente documentación: certificado del acuerdo favorable de la asamblea general, copia auténtica del documento público con el informe favorable y plano topográfico de las parcelas.

5. Arrendamientos:

La Ley de 1980 (artículo 5.5) y el Reglamento de 1992 (artículo 10) establecen que se rigen por el Código civil y al expirar el plazo las mejoras e instalaciones realizadas por el arrendatario quedarán en propiedad de la comunidad vecinal, sin compensación para aquél.

En cuanto al plazo, la Ley de 1980 establece que no serán superiores a quince años y el Reglamento de 1992 tras disponer que los arrendamientos pueden ser totales o parciales, establece como plazo máximo once años.

La Ley de 1989 no alude específicamente a ellos en ningún artículo pero caben perfectamente dentro de la capacidad reconocida en su artículo 4 *"sobre el monte y sus aprovechamientos, así como sobre su administración y disposición"*.

6. Concentración parcelaria:

En la normativa estatal la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973, en su artículo 185.1 establece: *"De la concentración parcelaria están exceptuadas las superficies pertenecientes al dominio público, así como los bienes comunales, salvo que soliciten su inclusión los Organismos o Entidades competentes"*. Su ley reguladora de 1980 no recoge este supuesto.

En cuanto a la normativa gallega, la Ley de Concentración Parcelaria de Galicia de 1985, en su artículo 24 establece: *"la condición de bienes comunales y de vecinales en mano común no será causa de exclusión de las operaciones de concentración parcelaria. A través de ellas se procurará regularizar su contorno y se les dotará de acceso y de las mejoras generales de que sean susceptibles"*.

En esta materia hay que tener en cuenta la Ley de modificación de la Ley de Concentración Parcelaria para Galicia, Ley 12/2001, de 10 de septiembre. La Ley de 1989 no contempla este supuesto. El Reglamento de 1992 en su artículo 11 distingue:

a) Parcelas que no superen la unidad mínima de cultivo y pertenezcan a una misma comunidad de vecinos.– Se pueden someter a concentración para alcanzar el cumplimiento de los fines del antes artículo 5,a), hoy artículo 5.2.a) según el cual se deberá: *"Adjudicar a cada propietario, en la medida de lo posible, en coto redondo o en el menor número de fincas de reemplazo, una superficie con las menores diferencias en extensión y clase con las que aportó deducidas las reducciones previstas en el artículo 34 de la presente Ley"*. Estas reducciones no se aplicarán a tenor de lo dispuesto en el último apartado de este artículo 11.

Las unidades mínimas de cultivo para el territorio de la Comunidad Autónoma de Galicia se determinan por Decreto de 9 de diciembre de 1999.

b) En los demás casos se estará a la Ley de Concentración Parcelaria de Galicia.

El último apartado establece una norma especial: *"La inclusión en el proyecto de concentración parcelaria deberá respetar al término del expediente la superficie total inicial y la capacidad productiva del monte"*.

La nueva Ley alude a los montes comunales en distintos apartados; así por ejemplo, el artículo 18 establece que el estudio de viabilidad del servicio provincial correspondiente incorporará los datos remitidos por el órgano competente en materia de montes que incluirá una relación de montes vecinales en mano común dentro del perímetro a concentrar, tanto los clasificados como los pendientes de clasificar, y si es posible, titularidad, superficie, perímetro, plano y linderos así como enumeración y descripción de masas arboladas y espacios que haya que conservar o tengan especial relevancia o cualquier otra mención relativa a conservación o fomento de recursos medioambientales.

También en el artículo 21 recoge que el servicio provincial realizará los trabajos previos a las bases provisionales con los siguientes datos: (...) relación y delimitación de los montes vecinales en mano común, clasificados y pendientes de clasificar.

7. Gravámenes:

Conforme a los artículos 21.3 de la Ley de 1989 y 50 de su Reglamento podrán ser objeto de gravamen los aprovechamientos de los montes obtenidos, dirigiéndose la ejecución sólo contra los aprovechamientos o rentas derivados de su cesión realizada con arreglo a la Ley y al Reglamento.

La Ley de 1980 no recoge este supuesto. Está claro que como consecuencia del principio de inalienabilidad no cabe la hipoteca sobre el monte pero sí sobre sus aprovechamientos o rentas como acabamos de ver. Así según el artículo 107 de la Ley hipotecaria: *"Podrán también hipotecarse: 5.º– Los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real"*. Y la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión de 16 de diciembre de 1954 en sus artículos 52 y siguientes relaciona los bienes sobre los que puede constituirse prenda sin desplazamiento.

*****

Según el artículo 12 del Reglamento de 1992 las cantidades abonadas por los negocios jurídicos recogidos bajo los apartados I, II, III, IV, V y VI, se destinarán a la mejora del monte o al establecimiento de obras o servicios de interés general de la comunidad propietaria del monte. Se olvida que la Ley al regular la expropiación forzosa en último término recoge el reparto entre los comuneros.

En cuanto a los acuerdos para la realización de actos de disposición y administración:

– La Ley de 1980 en su artículo 5 establece que *"(...) en general, para todos los actos de disposición, será necesario acuerdo favorable de tres cuartas partes de los miembros de la comunidad"* y *"los actos de administración en general requerirán el acuerdo de la mayoría de los partícipes, salvo que los estatutos exijan un quórum más elevado"*.

– La Ley de 1989 en su artículo 18 y el Reglamento en su artículo 23 disponen *"(...) los acuerdos referidos a actos de disposición corresponden a la*

asamblea general, requiriendo convocatoria expresa y el voto favorable de la mayoría de los presentes que represente al menos el 50 % del censo de comuneros en primera convocatoria y el 30 % en segunda" y para *"actos de administración en general será suficiente la mayoría simple, salvo que en los estatutos se exija otra mayoría"*.

La normativa gallega exige que los actos de disposición se formalicen en escritura pública (artículo 58 del Reglamento) y se crea el Registro General de Montes Vecinales en Mano Común regulado en los artículos 55 a 61 del Reglamento que llevará una relación actualizada de los montes vecinales en mano común por provincia, su situación estatutaria y los actos de disposición de acuerdo con la ley. Este Registro tendrá una sección en cada delegación provincial. Su misión es la de mero archivo, no proporciona seguridad jurídica.

Los actos son válidos si reúnen los requisitos legales y surten efectos aunque no consten en dicho Registro puesto que el Reglamento sólo prevé que la Xunta de Galicia no mantendrá relación administrativa con las comunidades vecinales sin previa certificación del encargado del Registro General o de sus secciones, de las anotaciones de las que preceptivamente debe de tener conocimiento.

En la Ley de 1980 en su artículo 4.3 establece que los estatutos o sus modificaciones comenzarán a producir efectos al día siguiente de su recepción en la Delegación Provincial de Agricultura, donde quedarán en registro público y la normativa gallega establece que los estatutos y sus modificaciones empezarán a surtir efectos al día siguiente de su aprobación, y se remitirá una copia, a efectos de conocimiento, al Registro General de Montes Vecinales en Mano Común.

En toda esta materia hay que tener presente que el Decreto 347/1997, de 9 de diciembre, que establece la nueva estructura orgánica de la Xunta de Galicia distingue por un lado la Consellería de Agricultura, Ganadería y Política Agroalimentaria y por otro la Consellería de Medio Ambiente y por Decreto 351/1997, de 10 de diciembre, se fija la estructura de las distintas Consellerías y dentro de la Consellería de Medio Ambiente incluye la Dirección General de Montes y Medio Ambiente.

La Ley de 1980 recoge menos supuestos de actos de disposición, exigiendo para su realización una mayoría reforzada y establece en general plazos mayores. La Ley de 1989 y su Reglamento amplían los supuestos cuando se trata de actuaciones administrativas o a favor de la Administración (cesión indefinida, concentración parcelaria), establecen un mayor control administrativo y adoptan medidas encaminadas a la protección del medio ambiente.

El Reglamento de 1992 fija plazos de duración donde la Ley no los fija (cesión temporal: treinta años; arrendamientos: once años...), es una consecuencia de los principios de inalienabilidad, temporalidad de derechos que presiden esta figura, y además la Ley de Derecho civil de Galicia (artículo 14) establece que se regularán por su "legislación específica", esto es, por la Ley y el Reglamento, por lo que hay que entender que la fijación de plazo por el Reglamento no es un exceso reglamentario respecto de la regulación legal.

IV. Régimen fiscal:

La Ley 55/1980, de 11 de noviembre, de Montes Vecinales en Mano Común en su artículo 2.1 establece que los montes vecinales en mano común no estarán sujetos a contribución alguna de base territorial ni a la cuota empresarial de la Seguridad Social Agraria y en su artículo 13 que las certificaciones expedidas para la inmatriculación registral de estos montes estarán exentas de los impuestos sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

Según la Ley reguladora de las Haciendas Locales de 28 de diciembre de 1988 en su artículo 64 b) bajo el epígrafe "Impuestos Sobre Bienes Inmuebles", gozarán de exención: *"b) Los que sean propiedad de los Municipios en que estén enclavados afectos al uso o servicio público, salvo que sobre ellos o sobre el servicio público al que se hallen afectados recaiga una concesión administrativa u otra forma de gestión indirecta, así como los comunales propiedad de los mismos y los montes vecinales en mano común".*

La Ley Gallega de 10 de octubre de 1989 de Montes Vecinales en Mano Común dispone en su artículo 2: *"Los montes vecinales en mano común son bienes indivisibles, inalienables, imprescriptibles e inembargables, no estando sujetos a ninguna contribución de base territorial ni a la cuota empresarial de la Seguridad Social, de acuerdo con el artículo 2.1 de la Ley 55/1980"*, y, según su artículo 13, la resolución firme de clasificación de un terreno como monte vecinal en mano común estará exenta de los impuestos sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

Como consecuencia de las modificaciones introducidas por Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la Ley de 27 de diciembre de 1995 que regula el Impuesto sobre Sociedades en su artículo 7.1 establece que serán sujetos pasivos del impuesto: *"j) Las comunidades titulares de montes vecinales en mano común reguladas por la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, sobre régimen de los montes vecinales en mano común, o en la legislación autonómica correspondiente"*, y en el capítulo XVI ("Régimen de las comunidades titulares de montes vecinales en mano común") el artículo 135 *bis* textualmente dispone:

> *"Régimen de las comunidades titulares de montes vecinales en mano común. 1. La base imponible correspondiente a las comunidades titulares de montes vecinales en mano común se reducirá en el importe de los beneficios del ejercicio que se apliquen a:*
>
> *a) Inversiones para la conservación, mejora, protección, acceso y servicios destinados al uso social al que el monte está destinado.*
>
> *b) Financiación de obras de infraestructura y servicios públicos, de interés social.*
>
> *La aplicación del beneficio a las indicadas finalidades se deberá efectuar en el propio período impositivo o en los tres siguientes. En caso de no realizarse la inversión dentro del plazo señalado, la parte de la cuota íntegra*

correspondiente a los beneficios no aplicados efectivamente a las inversiones descritas, junto con los intereses de demora, se ingresará conjuntamente con la cuota correspondiente al período impositivo en que venció dicho plazo.

La Administración tributaria, en la comprobación del destino de las inversiones indicadas, podrá solicitar los informes que precise de las Administraciones autonómicas y locales competentes.

2. Las comunidades titulares de montes vecinales en mano común tributarán al tipo impositivo previsto en el apartado 2 del artículo 26 de esta Ley.

3. Las comunidades titulares de montes vecinales en mano común no estarán obligadas presentar declaración por este impuesto en aquellos períodos impositivos en que no obtengan ingresos sometidos al mismo, ni incurran en gasto alguno, ni realicen las inversiones a que se refiere el apartado primero.

4. Los partícipes o miembros de las comunidades titulares de montes vecinales en mano común integrarán en la base del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas las cantidades que les sean efectivamente distribuidas por la comunidad. Dichos ingresos tendrán el tratamiento previsto para las participaciones en beneficios de entidades en el apartado 1 del artículo 23 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras Normas Tributarias, y les resultarán aplicables los porcentajes correspondientes a las entidades del artículo 26.2 de la presente Ley".

V. Impacto ambiental:

El suelo es un recurso no enteramente renovable, cuya reconstitución puede durar siglos.

Los aprovechamientos del monte tales como pastoreo y cultivos intensivos, cultivos inadecuados, uso y abuso de fertilizantes nitrogenados, turismo, deforestación, la proliferación de plantaciones de eucaliptus y de parques eólicos en la geografía gallega y otros más, están contribuyendo al deterioro del mismo.

Se trata de valores colectivos, dignos de protección, pero que conllevan un protagonismo de la administración con la correspondiente repercusión en el derecho de propiedad.

Hasta ahora la Administración no había adoptado medidas preventivas tendentes a evitar el daño ecológico sino sancionadoras y de policía.

Se sucede a nivel estatal y de Galicia una ingente legislación sobre medio ambiente. Se legisla con el fin de conservar y restaurar el patrimonio natural de Galicia. Ya vimos el Decreto 81/1989 relativo a plantaciones de eucaliptus, la legislación de concentración parcelaria también alude al impacto ambiental y su evaluación. Concretamente hay que destacar la Ley 1/1995, de 2 de enero, de Protección Ambiental de Galicia.

El Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental, recientemente modificado por la Ley 6/2001, de 8 de mayo, en su disposición final tercera establece que tiene el carácter de legislación básica sobre protección del medio ambiente, de acuerdo con lo establecido en el artículo 149.1.23.º de la Constitución.

En él se relacionan una serie de actividades y concretamente las recogidas en el Anexo I requieren siempre evaluación de impacto ambiental. A modo de ejemplo citamos: las primeras repoblaciones forestales de más de 50 hectáreas, cuando entrañen riesgos de graves transformaciones ecológicas negativas; corta de arbolado con propósito de cambiar a otro tipo de uso del suelo, cuando no esté sometida a planes de ordenación y afecte a una superficie mayor de 20 hectáreas (se exceptúa de este apartado la corta de cultivos arbóreos explotados a turno inferior a cincuenta años); parques eólicos de 50 o más aerogeneradores o que estén a menos de 2 kilómetros de otro parque eólico,...

En fin, la relación de actividades es tan exhaustiva que es de consulta obligada para cada caso concreto.

El derecho de propiedad se ha de enfocar desde un nuevo prisma, cambiar la concepción tradicional del mismo, en pro de un interés de mayor alcance e incluso superior al individual.

Los montes vecinales en mano común es una institución viva y como tal evoluciona, adaptándose a los nuevos principios inspiradores de la sociedad y del ordenamiento jurídico, con el fin de llevar a cabo una explotación racional de los mismos y fomentar su conservación.

Es criticable el excesivo intervencionismo administrativo que como resulta de lo expuesto, no está suficientemente justificado por la protección del interés vecinal ni por la utilidad pública de los montes vecinales dado que, en definitiva, se trata de bienes de titularidad privada.

LA PROBLEMÁTICA DE LOS LINDEROS DE LOS MONTES VECINALES EN MANO COMÚN

Ignacio López–Chaves Castro
Profesor de Derecho civil. Universidad de Vigo

ÍNDICE: I. Introducción.– II. Consecuencias de la inscripción de los montes en el Registro de la Propiedad: la protección de los propietarios en caso de expropiación.

I. Introducción:

Los montes vecinales[1] son una especie del género más amplio de los bienes comunales o propiedad comunal, que tanto arraigo ha tenido en nuestra historia, y constituyen una de las figuras más peculiares no sólo del Derecho gallego sino de todo el ordenamiento jurídico español, pues son uno de los pocos casos en los que pervive un tipo de comunidad, que la mayoría de la doctrina califica como germánica y, por ende, de aprovechamiento colectivo, dentro de un sistema como el nuestro inspirado básicamente en el Derecho romano y, en consecuencia, partidario de una explotación individual de los bienes y que ve la comunidad como algo nocivo que se debe disolver en el plazo más breve posible[2]. No hay que olvidar el aforismo latino *communio est mater rixarum*.

Los aprovechamientos comunales son muy antiguos y complejos en España. Ya la Ley 9.ª, título XXVIII de la Partida 3.ª, reglamentaba estas propiedades colectivas, diciendo que "(...) pertenecen al común de cada ciudad, villa, castillo u otro lugar, las fuentes plazas en las que se hacen las ferias y los mercados, los sitios en los que se reúnen el Concejo, los destinados a correr los caballos, los arenales de las riberas de los ríos y los demás ejidos[3], y los montes, dehesas y todos los lugares

[1] Para un estudio detenido de la evolución histórica de los montes vecinales en mano común me remito a: RAPOSO ARCEO, J. J., *Régimen jurídico de los montes vecinales en mano común en el marco de la propiedad forestal*, Tesis Doctoral, 1996; BOCANEGRA SIERRA, R., *Los montes vecinales en mano común. Naturaleza y régimen jurídico*, IEAL, Madrid, 1986; REBOLLEDO VARELA, A. L., *Los Derechos reales en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia (Montes vecinales en mano común, aguas, servidumbre de paso y servent*ía*)*, Revista Xurídica Galega, Pontevedra, 1999.

[2] MUIÑO FIDALGO, L., "Comentario al artículo 14 de la Ley de Derecho civil de Galicia" en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXII, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1997, p. 204.

[3] Estos bienes constituyen hoy los de uso público en las provincias y los pueblos, de los cuales se ocupa el artículo 344, párrafo 1.º, del Código civil.

semejantes establecidos para el benéfico común. De éstas cosas podrán usar los moradores del lugar, así los pobres como los ricos; más no los que morasen en otro, no consintiendo aquellos".[4]

En el siglo XIX, como señala RAPOSO ARCEO, hay que reseñar que mediante las medidas desamortizadoras se preveía la liquidación de los montes públicos para 1854. La conservación de sólo poco más de ocho millones de hectáreas fue el resultado de esta política que, por otra parte, no fue seguida únicamente en España, sino común a los países de Europa influido por las ideas reformistas[5]. Como consecuencia de todo este proceso desamortizador en el año 1925 sólo el 1,2 por 100 de bosque pertenecía al Estado; el 27,6 por 100 a los pueblos y el 71,2 por 100 pertenecía a los particulares[6].

Los montes vecinales subsisten, ante la falta de una regulación expresa, por obra de la jurisprudencia, que mantiene en nuestro Derecho la existencia de la comunidad germánica. Como señala RAPOSO ARCEO, inicialmente no existe una regulación positiva de los montes vecinales en mano común, hasta el punto, que cabe afirmar que la legislación no sólo no reconoce la existencia de la institución, sino que su subsistencia se verifica contra la expresa voluntad legislativa[7], citando este autor el artículo 1.º de la Real Orden de 22 de mayo de 1848 que señalaba que *"la legislación administrativa no reconoce la diferencia que se pretende establecer entre los montes del común del pueblo y los del común de los vecinos"*[8].

La Ley de Montes de 8 de junio de 1957 recogió, por primera vez a nivel normativo, la existencia en Galicia de montes pertenecientes en mano común a los vecinos de las consuetudinarias demarcaciones parroquiales estando vinculados a los ayuntamientos respectivos (art. 4.3). De acuerdo con esta ley, eran los ayuntamientos los que regulaban el disfrute de sus aprovechamientos.

La Compilación de Derecho civil especial de Galicia, Ley 147/1963, de 2 de diciembre, reguló estos montes en el título V, capítulo I, dentro de los artículos 88 y 89. La principal aportación de esta Ley fue la de caracterizar, por primera vez, a estos montes indivisibles, inalienables, imprescriptibles e inembargables (art. 89.2).

La primera regulación específica de estos bienes nos la encontramos en la Ley de Montes Vecinales en Mano Común de 27 de julio de 1968. Esta Ley deroga los artículos 88 y 89 de la Compilación, con lo que convierte la regulación de los montes vecinales en mano común en una normativa de Derecho común,

---

[4] MOUTÓN OCAMPO, L., "Voz: Aprovechamientos comunales" en *Enciclopedia Jurídica Española*, Tomo III, Francisco Seix Editor, Barcelona, 1910, p. 123.

[5] RAPOSO ARCEO, J. J., *Régimen jurídico de los montes vecinales en mano común..., op. cit.*, p. 79.

[6] BAUER MANDERSCHEID, E., *Los montes de España en la historia*, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación y Fundación del Conde del Valle de Salazar, Madrid, 1991, p. 63.

[7] En este mismo sentido CORES TRASMONTE, B., "As comunidades e a Lei 4/1995, de Dereito civil de Galicia", en *Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de Maio)*, Asociación Revista Xurídica Galega, Vigo, 1992, p. 111.

[8] RAPOSO ARCEO, J. J., *Régimen jurídico de los montes vecinales en mano común..., op. cit.*, p. 87.

sustrayéndolas del Derecho foral gallego. Tal Ley supuso un avance importante en el reconocimiento del régimen jurídico específico de esta forma de propiedad reconociendo la titularidad de los núcleos vecinales, de tal manera que, como montes particulares, no podían ser incluidos ni ser catalogados como de utilidad pública, debiendo inscribirse en el Registro de la Propiedad. Sin embargo, señala REBOLLEDO VARELA, continúa manteniéndose su vinculación y control por los ayuntamientos en una regulación que, como explica su Exposición de Motivos, otorgando a tales núcleos la personalidad jurídica necesaria compatibiliza su aprovechamiento con facultades reconocidas a la Administración encaminadas a garantizar su explotación[9].

La Ley 55/1980, de 11 de noviembre, de Montes Vecinales en Mano Común, atribuye su propiedad a las agrupaciones vecinales en su calidad de grupos sociales y no como entidades administrativas (art. 1) desvinculándola de los ayuntamientos por lo que reconoce, de forma indubitada, la naturaleza privada de estos montes, y su configuración como una comunidad germánica[10], al afirmar en su artículo 2.1 que *"(...) su titularidad dominical corresponde, sin asignación de cuotas, a los vecinos integrantes en cada momento del grupo comunitario de que se trate"*.

Al ser calificados como montes particulares, la Ley dispone que, una vez clasificados como tales por el jurado provincial, se deben excluir del Inventario de Bienes Municipales y del Catálogo de los de Utilidad Pública (art. 13.3), incluso señala el artículo 12 que no será obstáculo para su clasificación la circunstancia de hallarse incluidos en catálogos, inventarios o registros públicos con asignación de diferente titularidad.

El mismo artículo 13 en su apartado 3.º dispone que la calificación del monte como vecinal en mano común sirve de título inmatriculador en el Registro de la Propiedad, estableciendo que *"las certificaciones que se expidan para inmatriculación registral de los montes contendrán los requisitos del artículo 206 de la Ley hipotecaria y concordantes de su Reglamento"*. En caso de contradicción entre la resolución del jurado y lo que conste en el Registro, se estará a lo previsto para tales supuestos en la Ley de Montes y su Reglamento, en concordancia con lo dispuesto en la Ley y Reglamento hipotecarios.

CHICO Y ORTIZ afirma que la Ley de 11 de noviembre de 1980 "(...) resulta altamente desconcertante no sólo en la enunciación de principios que la misma ley no respeta, sino incluso en aquellos que se relacionan con el Registro de la Propiedad"[11]. Así se refiere a la disposición transitoria 1.ª que concede, durante cinco años, a las resoluciones de los jurados provinciales, eficacia para rectificar las inmatriculaciones contradictorias del Registro de la Propiedad, salvo que las mismas se hayan practicado en virtud de sentencia dictada en juicio declarativo. Se pregunta este autor si cabrá la aplicación de esta norma cuando los asientos del Registro están bajo la

---

[9] REBOLLEDO VARELA, A. L., *Los Derechos reales en la Ley 4/1995, de 24 de mayo..., op. cit.*, p.21.

[10] BOCANEGRA SIERRA, R., *Los montes vecinales en mano común. Naturaleza y régimen jurídico, op. cit.*, p. 113.

[11] CHICO Y ORTIZ, J. M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Tomo I, Marcial Pons, Madrid, 1989, p. 996.

salvaguardia de los tribunales y producen sus efectos mientras no se declare su inexactitud[12].

Con posterioridad, y en base a las competencias que establecía la disposición adicional de la Ley 55/1980, se aprueba la Ley de Galicia 13/1989, de 10 de octubre, de Montes Vecinales en Mano Común, que, como establece en su disposición final 2.ª, constituye, juntamente con la costumbre, el derecho propio de Galicia en materia de montes vecinales en mano común, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38.1 del Estatuto de Autonomía será de aplicación, en su ámbito territorial, con preferencia a cualquier otro. Lo que hizo esta Ley fue adecuar, con muy pocas variaciones, la Ley 55/1980 a la Comunidad Autónoma gallega.

En su artículo 13 establece que *"La resolución firme de clasificación de un terreno como monte vecinal en mano común habrá de contener los requisitos necesarios para su inmatriculación en el Registro de la Propiedad de conformidad con lo dispuesto en la Ley Hipotecaria y su Reglamento,* y vendrá acompañada de una planimetría suficiente que permita la identificación del monte (...)*"*. En materia de inscripción en el Registro de la Propiedad sigue el criterio de la Ley 55/1980 añadiendo la necesidad de acompañar una planimetría suficiente del monte. Ya el artículo 11 de la Ley establece en su párrafo 4.º que *"Una vez clasificado el monte* se fijará su superficie y lindes del mismo, adjuntando a la resolución planimetría suficiente, con los datos descriptivos precisos, *y se procederá a su señalización y deslinde* (...)*"*.

Establece el artículo 13.3 que *"Si la certificación para la inmatriculación del monte estuviese en contradicción con algún asiento no cancelado, se procederá en la forma prevista en la legislación hipotecaria"*[13].

Por último el artículo 14 de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia incorpora la definición de monte vecinal en mano común de la Ley 13/1989, con la apostilla *"casa abierta y con humo"*.

II. Consecuencias de la inscripción de los montes en el Registro de la Propiedad: la protección de los propietarios en caso de expropiación:

Hemos visto los requisitos que tanto la Ley 55/1980 como la Ley 13/1989 establecen para el acceso de los montes al Registro de la Propiedad.

La Ley 13/1989 es mucho más rigurosa al exigir en el artículo 13 que la resolución firme de clasificación de un terreno como monte vecinal en mano común *"(...) vendrá acompañada de una planimetría suficiente que permita la identificación del monte"* y en su artículo 11 establece que "Una vez clasificado el monte *se fijará su superficie y lindes del mismo, adjuntando a la resolución planimetría suficiente,*

---

[12] *Ibídem, op. cit.*, p. 997.

[13] Para un estudio detenido de los problemas de inscripción de los montes en el Registro de la Propiedad me remito a: REBOLLEDO VARELA, A. L., *Los Derechos reales en la Ley 4/1995, de 24 de mayo..., op. cit.*, pp. 46 a 63 y RAPOSO ARCEO, J. J., *Régimen jurídico de los montes vecinales en mano común..., op. cit.*, pp. 204 a 215.

con los datos descriptivos precisos (...)". La Ley 55/1980 no establecía norma similar alguna, de tal manera que el acceso y la identificación de los montes vecinales en el Registro de la Propiedad es mucho más exacta con la Ley gallega, lo que evitará, en numerosas ocasiones conflictos con titulares de montes que no estén inscritos en el Registro de la Propiedad al señalar éste la superficie y terrenos ocupados por la comunidad de montes. Sin embargo, como señala CORES[14], cuando se publica la Ley gallega ya el proceso constitutivo, legalmente hablando, de los montes estaba en su fase más desarrollada, de tal manera que son muchos los montes inscritos al amparo de la Ley 55/1980.

El acceso al Registro de la Propiedad por la vía de la Ley 55/1980 podía originar, y así realmente sucedió, problemas.

Los expedientes de clasificación de montes vecinales describían correctamente la situación, linderos y superficie de los montes vecinales e incluso los planos de situación de los montes vecinales en la parroquia eran correctos. Pero el problema surgía, en algunos casos, al fijar el jurado provincial los linderos ya que **establecía como linderos de los montes vecinales en mano común los del término parroquial**. Como ha señalado la jurisprudencia el acto de clasificación del monte por el jurado goza de una presunción referida a su contenido, aunque se trata de una presunción *iuris tantum* ya que tal presunción puede ser destruida por la prueba en contrario (STS de 9 de marzo de 1993, 7 de noviembre de 1995, STSJG de 29 de octubre de 1996, 26 de febrero de 2000, 12 de abril de 2000) porque, como señala la jurisprudencia, el jurado provincial en sus resoluciones clasificatorias constatan con efectos declarativos, no constitutivos, esa forma de propiedad en régimen de comunidad germánica, no creando los montes vecinales ni la comunidad sino simplemente acreditando su preexistencia (STSJ de 8 de mayo de 1998).

El supuesto de establecer como linderos de un monte vecinal en mano común los de la parroquia, base territorial o ámbito geográfico de la colectividad vecinal propietaria, ya ha sido contemplado en sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Galicia.

La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 29 de octubre de 1996 señala que "(...) siendo un dato altamente significativo que, de acuerdo a los respectivos actos de clasificación, las resoluciones del jurado provincial proyectan una extensión espacial de cada uno de los montes clasificados en unos parámetros que coinciden con el ámbito territorial de cada una de las parroquias: tales son los términos que literalmente emplea el jurado". Pero el supuesto de fondo era el de determinar si una agrupación vecinal de base parroquial era susceptible de ser titular de un monte situado en una entidad parroquial distinta. En la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 14 de noviembre de 2000 también se planteó el problema de determinar la línea divisoria de los montes vecinales pertenecientes a colectividades distintas señalándose en ella que el criterio general de la doctrina y jurisprudencia de la sala es la de considerar que la línea divisoria de los montes comunales se corresponde con las de las parroquias y no la de los municipios. La

[14] CORES TRASMONTE, B., "As comunidades e a Lei 4/1995, de Dereito civil...", *op. cit.*, p 115.

sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 16 de noviembre de 2001 se plantea, de nuevo, el problema de determinar si una agrupación vecinal de base parroquial podía ser titular de un monte situado en una entidad parroquial distinta, lo que admite como perfectamente posible.

Esa resolución del jurado provincial se va a inscribir por la vía del artículo 206 de la Ley hipotecaria, con la suspensión de efectos respecto de terceros hasta transcurridos dos años, de acuerdo con el artículo 207 de la Ley hipotecaria. Desde luego, como señala el artículo 306 del Reglamento hipotecario, cuando las certificaciones estuviesen en contradicción con un asiento cancelado, o se refiriesen a fincas cuya descripción coincida en algunos detalles con las fincas ya inscritas, el registrador deberá suspender la inscripción solicitada extendiendo anotación preventiva.

Pero el problema se producirá cuando se inscriba en el Registro de la Propiedad el monte con los linderos de la parroquia.

Un conflicto grave que se deriva de esta situación se manifiesta en los supuestos de expropiaciones forzosas de esos terrenos incluidos en el ámbito geográfico de la parroquia y que en el Registro de la Propiedad aparecen incluidos en el folio abierto al monte vecinal en mano común.

De acuerdo con la Ley de Expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954 *"salvo prueba en contrario, la Administración expropiante considerará propietario o titular a quien con ese carácter conste en registros públicos que produzcan presunción de titularidad, que sólo pueda ser destruida judicialmente o, en su defecto, a quien aparezca con tal carácter en registros fiscales o, finalmente, al que lo sea pública y notoriamente"*.

Conforme a este artículo, en caso de expropiación, el que se considerará propietario, y tendrá derecho a cobrar la expropiación, sería la comunidad de montes en mano común, incluso en el caso de que el terreno expropiado no estuviese incluido dentro de la superficie de los montes vecinales determinados en la carpeta ficha, ya que en el Registro de la Propiedad aparece toda la superficie de la parroquia como titularidad del monte vecinal y así podrá acreditarlo ante la Administración expropiante con la consiguiente certificación registral. La Administración identificará, lógicamente, dicha finca como propiedad de la comunidad de montes vecinales en mano común entendiéndose con ésta a los efectos del expediente expropiatorio. Frente a ello, el verdadero propietario sólo podrá presentar en muchos casos un testamento (documento público) no inscrito en el Registro o unas "partillas" o hijuelas (documento privado). Su derecho decaerá frente a la certificación registral que presente la comunidad de montes, aunque probase la pertenencia de la finca durante varias generaciones a su familia. Incluso, aunque el expediente de expropiación se inicie con el verdadero propietario, citándolo para proceder al levantamiento del acta previa a la ocupación, ya que la finca aparece catastrada a su nombre, la presentación de la certificación del Registro de la Propiedad por la comunidad de montes originará que la Administración modifique el acta previa para que figure como propietaria la referida Comunidad.

En una región como la gallega donde no está generalizada la inscripción de las fincas rústicas en el Registro de la Propiedad, en caso de expropiación los propietarios de fincas rurales estarán desprotegidos en el supuesto de que las comunidades de montes vecinales en mano común no actúen correctamente.

La única defensa de los legítimos propietarios será acudir a la jurisdicción civil[15], con los consiguientes gastos, y teniendo en cuenta además que la disposición transitoria 4.ª de la Ley 13/1989 dispone que *"El Ministerio Fiscal defenderá las comunidades de vecinos de montes en mano común cuando estas se vean afectadas en la propiedad de la que son titulares, al amparo de la Ley 55/1980, de 11 de noviembre"*. Hemos visto además la presunción, aunque sea *iuris tantum*, de la que goza la resolución del jurado de clasificación.

No obstante hay que tener en cuenta que una cierta jurisprudencia tiende a no sacralizar los montes vecinales y su clasificación. Así la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 20 de marzo de 2000 señala que "(...) procede significar que la previa atribución de titularidad dominical realizada por el jurado 'no puede ser', como dice la sentencia de esta sala de 8 de febrero de 2000 y reitera la del día 26 del mismo mes y año, 'jurisdiccionalmente sobrevalorada'. Y conviene precisarlo, pues la presunción *iuris tantum* de propiedad que genera el acto clasificatorio con atribución previa del dominio y que persiste, como indican las citadas sentencias 'a lo largo del proceso en tanto no exista sentencia firme en contra (art. 13 in fine LMVMC)' no alcanza salvo sobre estimación a los resultados de la práctica administrativa de un deslinde efectuado con anterioridad al acto clasificatorio". Afirma esta misma sentencia que "(...) mal puede sostenerse, como sostiene la recurrente en el motivo del recurso que analizamos, la acreditación del dominio de los bienes que reivindica sin más apoyo que la presunción de acierto de las resoluciones clasificatorias del jurado, presunción que no puede extender sus efectos en materia probatoria, salvo la dimanante de la genérica presunción de acierto de los actos administrativos, a la señalización y deslinde que del monte clasificado el artículo 14 de la Ley 13/1989 encomienda a la Consellería de Agricultura y antes en la Ley 55/1980 en su artículo 14 a la Administración, y que en el caso enjuiciado aparece practicado sin ninguna garantía como sin duda se desprende de lo expresado en la sentencia de primera instancia".

Del examen de la jurisprudencia puede deducirse un motivo de la actuación de los jurados al fijar la delimitación de los montes identificándolos con los linderos de la parroquia. Como señala la reiterada sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 29 de octubre de 1996 la fijación de los linderos como los de la parroquia obedece a que las "(...) resoluciones de los jurados proyectan la extensión espacial de cada uno de los montes clasificados en unos parámetros que coinciden con el ámbito territorial de cada una de las parroquias (...). Según las propias resoluciones, la fijación de los linderos aparece referida con claridad a circunscripciones territoriales (bien sean términos municipales parroquiales) sin que

[15] Que como ha señalado de manera reiterada la jurisprudencia, incluso la contencioso–administrativa, es competencia de los tribunales de índole civil las cuestiones relativas al dominio y demás derechos reales y ajenas al ámbito de actuación de los jurados provinciales y a la jurisdicción contenciosa.

la descripción del perímetro, que el propio acto clasificador contiene, pueda alterar la determinación de lindes". Aunque exista, por tanto, justificación de esa delimitación, sin embargo el problema es grave, y en la práctica ya se han encontrado muchos propietarios con la imposibilidad de cobrar las indemnizaciones, por los motivos expuestos, en casos de expropiación.

Para evitar los problemas que la situación actual puede originar se debería establecer instrumentos que garantizasen que la descripción de los montes inscritos en el Registro de la Propiedad a favor de las comunidades de montes vecinales en mano común coincida con la realidad física de estos, corrigiéndose las inscripciones que no obedezcan a esa realidad.

LAS COMUNIDADES DE MONTES VECINALES EN MANO COMÚN. SU ESPECIALIDAD FISCAL

Prof. Dra. M.ª Milagros Sieiro Constenla
Economía aplicada. Universidad de A Coruña

SUMARIO: I. Introducción. Planteamiento del problema.– II. El régimen fiscal especial de las comunidades de montes en mano común en el impuesto sobre sociedades: *1. Antecedentes. La polémica sujeción de las comunidades de montes vecinales en mano común.– 2. La sujeción a la imposición societaria de las comunidades de montes vecinales en mano común.*– III. El impuesto sobre el valor añadido y las comunidades titulares de montes vecinales.

I.– Introducción. Planteamiento del problema:

Las comunidades de montes vecinales en mano común existen básicamente en el norte y noroeste de España, contando con una regulación específica que básicamente está constituida a nivel estatal por la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, de Régimen de Montes Vecinales en Mano Común, sin perjuicio de lo que dispongan al respecto los Estatutos de Autonomía[16]. El artículo 1.º de este texto legal define a estos montes como aquéllos de naturaleza especial que *"(...) con independencia de su origen, pertenezcan a agrupaciones vecinales en su calidad de grupos sociales y no como entidades administrativas y vengan aprovechándose consuetudinariamente en mano común por los miembros de aquellas en su condición de vecinos"*.

En comparación a los montes comunales, estas entidades se identifican por el hecho de que en aquéllas únicamente pertenece a los vecinos el aprovechamiento del monte, en las comunidades de montes vecinales les pertenece tanto el aprovechamiento como la titularidad, esto es, se caracterizan por atribuir la titularidad del monte al conjunto de los vecinos, sin asignación de cuotas específicas, correspondiendo el aprovechamiento exclusivamente a los vecinos, en la forma establecida consuetudinariamente.

---

[16] Estas entidades tienen una especial incidencia en Galicia. Concretamente, el apartado 11.º del artículo 27 de su Estatuto de Autonomía atribuye a dicha Comunidad Autónoma la potestad legislativa exclusiva en materia de "régimen jurídico de los montes vecinales en mano común", competencia que ha tenido su concreción en la Ley 13/1989, de 10 de octubre, de Montes Vecinales en Mano Común.

Desde el punto de vista de la imposición directa sobre la renta, la especialidad fiscal de estas entidades viene determinada por la configuración a partir del 1 de enero de 1999 de un régimen fiscal específico a través de la incorporación por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, de un nuevo capítulo XVI al título VIII de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre Sociedades, que, al margen de otras particularidades, viene a considerar a las comunidad titulares de montes vecinales en mano común como sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades, superando la intensa polémica suscitada en relación con su sometimiento como entidad en régimen de atribución de rentas al impuesto sobre la renta de las personas físicas o a la imposición societaria, en la medida en que pudiera considerarse que tienen personalidad jurídica propia. Este régimen fiscal especial dota, por otra parte, a estas entidades de determinadas peculiaridades como sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades, las cuales se concretan en la determinación de la base imponible, la aplicación de un tipo de gravamen "preferente" y ciertas excepciones a la obligación general de presentar declaración por el impuesto.

En el ámbito de la fiscalidad indirecta, la incidencia del impuesto sobre el valor añadido sobre las comunidades de montes vecinales en mano común, plantea esencialmente el problema de su sujeción al régimen especial de agricultura, ganadería y pesca, en cuanto titulares de una explotación forestal. Este esquema se complica en los supuestos de obtención de otras rentas, de cesión de la explotación o de intervención del sector público en la gestión del monte vecinal.

II. El régimen fiscal especial de las comunidades de montes en mano común en el impuesto sobre sociedades:

1. Antecedentes. La polémica sujeción de las comunidades de montes vecinales en mano común:

Hasta la configuración normativa del citado régimen especial se planteaba con evidente polémica si estas entidades eran sujeto pasivo del impuesto sobre sociedades, o bien se trataban de un ente sin personalidad jurídica que debían tributar bajo el régimen de atribución de rentas en el impuesto sobre la renta de las personas físicas[17].

Inicialmente, la doctrina administrativa emitida por la Dirección General de Tributos[18] y la Agencia Estatal de la Administración Tributaria[19] consideran que las comunidades de montes vecinales son comunidades germánicas con personalidad jurídica independiente a la de sus comuneros, siendo, por tanto, sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades, entendiendo que la referencia que el artículo 33 de la Ley General Tributaria efectúa a las comunidades de bienes debe entenderse circunscrita

---

[17] Actualmente el régimen de atribución de rentas está recogido en el artículo 10 de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

[18] Contestación de 8 de octubre de 1987.

[19] Subdirección General de Ordenación Legal del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la Agencia Tributaria en Informe de 8 de julio de 1994.

a la comunidad románica, pues en nuestro Derecho común no se contempla la comunidad de tipo germánico.

En momento ulterior, la Dirección General de Tributos[20], sin mayor argumentación, considera que se trata de entidades en régimen de atribución de rentas y, consecuentemente, sometidas sus rentas directamente al impuesto sobre la renta de las personas físicas: dado que las comunidades de montes vecinales no se encuentran dentro de la enumeración comprendida en el apartado 1 del artículo 7 de la Ley 43/1995, no tienen la condición de sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades.

En el marco de la derogada Ley 61/1978, de 28 de diciembre, la definición de sujeto pasivo en el impuesto sobre sociedades estaba recogida en su artículo 4.1, que establece que son sujetos pasivos del impuesto todos aquellos sujetos de derechos y obligaciones, con personalidad jurídica, que no estén sometidos al impuesto sobre la renta de las personas físicas. Así pues, para analizar la tributación de las comunidades de montes es preciso determinar si tienen o no personalidad jurídica. La primera regulación específica de esta institución está constituida por la Ley 52/1968, de 27 de julio, de Montes Vecinales en Mano Común, desarrollada por Decreto 569/1970, de 26 de febrero. Aparecen definidos en su artículo 1.º como aquellos *"(...) montes pertenecientes a los vecinos agrupados en parroquias, aldeas, lugares, caseríos, barrios y otros similares no constituidos formalmente en entidades municipales, que, con independencia de su origen, vengan aprovechándose consuetudinariamente en régimen de comunidad, exclusivamente por los integrantes de dichas agrupaciones en su calidad de miembros de las mismas, ya reciban la denominación de montes del común de los vecinos, montes vecinales en mano común forales u otras semejantes"*.

En lo que se refiere a su titularidad, ya inicialmente la propia Exposición de Motivos de la Ley apunta la necesidad de "(...) asegurar su titularidad a favor de los grupos que tradicionalmente los vienen utilizando y las facultades dominicales ejercidas dentro del régimen de comunidad de tipo germánico (...)". Coherentemente, la Ley establece en su artículo 2, apartado 2, que *"su titularidad y aprovechamiento corresponde, sin asignación de cuotas específicas, a los vecinos integrantes en cada momento del grupo comunitario de que se trate"*.

Sin embargo, en el artículo 4.º de la Ley 52/1968 se establece, en primer término, en su apartado 1.º que *"la administración de los montes vecinales en mano común estará a cargo de las comunidades propietarias"*, para añadir el apartado 3.º que *"la comunidad tendrá personalidad jurídica para el cumplimiento de sus fines, incluso el ejercicio en la vía judicial o administrativa de cuantas acciones sean precisas, para la defensa de sus específicos intereses"*. Cuestión sobre la que incide la Exposición de Motivos de la norma al señalar que, otorgando a los núcleos vecinales titulares de los montes personalidad jurídica, se podría "(...) compatibilizar su aprovechamiento con las facultades reconocidas a la Administración, tanto en lo que concierne a la vinculación de tales montes con los ayuntamientos en cuyo

[20] Contestaciones de fechas 6 de febrero y 7 de julio de 1997.

término municipal se encuentran como a las atribuciones que a la Administración forestal del Estado le corresponden, encaminadas a garantizar su adecuada explotación, atendida su importancia".

En consecuencia, si bien se reconoce la titularidad privada de los montes, configurándolos como una comunidad germánica, se introduce una cierta confusión en cuanto a quienes son titulares, ya que si por una parte se señala a los vecinos, por otra se indica que la comunidad por ellos integrada "tendrá personalidad jurídica para el cumplimiento de sus fines"[21].

La Ley 55/1980, de 11 de noviembre, de Montes Vecinales en Mano Común mantiene el reconocimiento del carácter privado de la institución, y su naturaleza de comunidad germánica, pero no atribuye personalidad jurídica a la comunidad titular, sino que liga tal titularidad a la condición de vecino y añade que la comunidad tendrá *"(...) plena capacidad jurídica para el cumplimiento de sus fines (...)"*. Se suprime, por otra parte, la mención de la norma precedente en lo relativo a la conformación de la comunidad estructurada por "(...) agrupaciones vecinales en su calidad de grupos sociales y no como entidades administrativas".

En definitiva, la supresión de toda mención a la personalidad jurídica, configurándose a los titulares por razón de vecindad, *"(...) a los vecinos integrantes en cada momento del grupo comunitario de que se trate"*[22], impide considerar a esta institución como sujeto pasivo del impuesto sobre sociedades[23].

La sujeción, de acuerdo con los criterios expuestos, al impuesto sobre la renta de las personas físicas, como entidad en régimen de atribución de rentas, no presenta especiales implicaciones cuando se analiza desde la perspectiva de las comunidades de montes vecinales en mano común. Desde el punto de la comunidad, los rendimientos procedentes de sus actividades empresariales se imputarán según las normas o pactos aplicables en cada caso a los comuneros, con arreglo a tres bases fundamentales:

– La determinación del rendimiento neto se efectuará conforme a la normativa del impuesto sobre la renta de las personas físicas, siendo de aplicación, de cumplirse las condiciones en cada caso establecidas, ambas modalidades de la estimación directa y la estimación objetiva.

---

[21] BOCANEGRA SIERRA, R., *Los Montes Vecinales en Mano Común. Naturaleza y régimen jurídico*, IEAL, Madrid, 1986.

[22] Señala RAPOSO ARCEO, J. J., (en "La institución vecinal hoy". en *I Congreso de Montes Vecinales. Mondariz–Balneario e Ponteareas. 1995*, Xunta de Galicia, Santiago, 1996), que la Ley 13/1980, de 10 de octubre, de Montes Vecinales en Mano Común de la Comunidad Autónoma de Galicia, mantiene la línea de la Ley estatal en cuanto a la vecindad, su naturaleza de comunidad germánica y respecto de la plena capacidad jurídica de la comunidad titular sin personalidad jurídica.

[23] El Tribunal Supremo en sentencia de 22 de diciembre de 1926 ha señalado que "(...) un monte es de los vecinos de un lugar cuando éstos lo vinieron poseyendo en concepto de dueños proindiviso desde tiempo inmemorial, y a virtud de la redención de un gravamen foral, llevado a cabo solamente por ellos, perteneciéndoles el dominio privado de los mismos".

– A diferencia del régimen de transparencia fiscal, la imputación se efectuará con independencia de su signo, esto es, son objeto de atribución, sin ningún tipo de específica restricción, los rendimientos netos negativos.

– La cumplimentación en sede de la entidad de unos únicos libros registros obligatorios correspondientes a la actividad realizada por la misma.

Las consecuencias de la aplicación del régimen de atribución de rentas se complica sustancialmente cuando se traslada a los comuneros:

– La efectiva asignación del rendimiento neto entre los comuneros exige, como primer requisito, su identificación, circunstancia que la comunidad tiene que comunicar a la Administración tributaria mediante la correspondiente declaración de comienzo, modificación y cese del ejercicio de actividades económicas. Pero, ¿quiénes son los comuneros? Conforme al artículo 2.1 de la Ley 13/1989, *"los montes vecinales en mano común son bienes indivisibles, inalienables, imprescriptibles e inembargables, no estarán sujetos a contribución alguna de base territorial ni a la cuota empresarial de la Seguridad Social Agraria y su titularidad dominical corresponde, sin asignación de cuotas, a los vecinos integrantes en cada momento del grupo comunitario de que se trate"*. Como se puede apreciar, el concepto de vecino y, por tanto, de comunero es difuso, pues no se fija el criterio de vecindad, el cual puede entenderse desde acepción administrativa, como el vínculo que liga entre sí a los habitantes de un término municipal o desde una acepción civil, como la adscripción de las personas al régimen foral en materia de Derecho civil. Dos cuestiones son esenciales en esta delimitación. Primero, ¿es necesaria la vinculación durante un determinado período de tiempo? El Tribunal Supremo[24] ha señalado al respecto que "(...) es condición esencial sin la que resulta imposible el derecho al aprovechamiento comunal, la consideración del beneficiario como residente habitual (...)". Es, por tanto, la residencia como hecho físico, y no la vecindad con hecho formal, el elemento constitutivo de la condición de vecino[25]. Y segundo, ¿es precisa la profesionalidad agraria del titular del monte? La participación cosuetudinaria de personas pertenecientes a profesiones ajenas a dicho ámbito permite contestar negativamente a la necesaria concurrencia de la referida condición subjetiva[26]. La "gestión" de esta situación se complica si tenemos en cuenta que cualquier alteración en la relación de miembros tiene que ser, por idéntico medio, comunicada a la Hacienda Pública.

---

[24] Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1985 (Aranz. 1518).

[25] CORES TRASMONTE, B., "A condición política de galego", separata de los *Estudios sobre o Estatuto Galego*. Xunta de Galicia–Escola Galega da Administración Pública. Lo que este autor recoge es la tradicional consideración de que el elemento determinante para ser considerado vecino es tener casa abierta *"con fume e lume"* (casa abierta con humos).

[26] El principal argumento "técnico" a favor de esta teoría se inspira en el rechazo de la enmienda del Grupo Parlamentario Comunista en la tramitación de la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, que proponía añadir a su artículo 1, cuando se alude a la condición de vecinos, la expresión "que se dediquen de forma directa a la actividad agraria". No obstante, hay que advertir que la referencia que el artículo 3.2., "in fine", de la Ley 13/1989 efectúa a que los vecinos titulares de los montes vengan realizando *"(...) alguna actividad relacionada con ellos"*, parece suscitar dudas a la desvinculación realizada por la Ley 55/1980.

– Las rentas atribuidas tendrán la naturaleza derivada de la actividad o fuente de donde procedan para cada uno de los comuneros. Las rentas obtenidas por los miembros de la comunidad tendrán la consideración de rendimientos de la actividad empresarial, lo que tiene importantes repercusiones desde el necesario cumplimiento de las obligaciones fiscales:

- Declaración de alta en el censo de empresarios a través de la declaración censal, conforme a lo establecido en el Real Decreto 1041/1990, de 27 de julio.

- Presentación de los pagos fraccionados trimestrales que conforme al artículo 105 de la Ley 40/1998 correspondan a cada uno de los comuneros en proporción a su participación en el beneficio de la entidad. Dichas autoliquidaciones deben cumplimentarse con independencia de la efectiva obtención de rentas o de la atribución de rendimientos netos positivos o negativos. La incorporación a partir del 1 de enero de 2000 de los rendimientos de actividades forestales a la relación de rentas sujetas a retención enumeradas en el artículo 70.1 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas[27] puede limitar el peso del cumplimiento efectivo de esta obligación en cuanto conforme al artículo 102.4 de dicha disposición reglamentaria *"los contribuyentes que desarrollen actividades forestales no estarán obligados a efectuar pago fraccionado en relación con las mismas, si en el año anterior, al menos el 70 por 100 de los ingresos procedentes de la actividad, con excepción de las subvenciones corrientes y de capital y de las indemnizaciones, fueron objeto de retención o ingreso a cuenta".*

- La efectiva tributación se produce en el comunero a través del mecanismo de la atribución del rendimiento neto, imposición que se produce aun cuando no haya tenido lugar la distribución del beneficio entre los miembros de la comunidad.

2. *La sujeción a la imposición societaria de las comunidades de montes vecinales en mano común:*

La ausente mención de las comunidades de montes vecinales en mano común en la relación de entidades sin personalidad jurídica sujetas al impuesto sobre sociedades, recogida en el artículo 7.1 de la Ley 43/1995, y en la evidente dificultad de trasladar el esquema impositivo de las entidades en régimen de atribución de rentas, el cual hacía peligrar la efectiva tributación de las rentas obtenidas por estas entidades en el ejercicio de sus actividades empresariales, se encuentra posiblemente el fundamento de la reforma operada en este ámbito con efecto a los períodos impositivos que se inicien a partir del 1 de enero de 1999. La reforma se articula a través de sendas modificaciones normativas en el texto legal del Impuesto sobre Sociedades, incorporaciones que se producen mediante la Ley 50/1998, de 30 de

[27] Redacción dada al artículo 70 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas por el Real Decreto 1968/1999, de 23 de diciembre.

diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social:

– Primero, añadiendo una nueva letra j) a la enumeración del citado apartado 2 del artículo 7 de la Ley 43/1995, mediante la cual se declara expresamente sujeto pasivo del impuesto sobre sociedades a las *"comunidades titulares de montes vecinales en mano común reguladas por la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, sobre régimen de los montes vecinales en mano común, o en la legislación autonómica correspondiente"*.

– Configurando, en segundo término, un régimen fiscal especial para estas entidades, que formalmente se articula mediante la introducción de en un nuevo capítulo XVI al título VIII de la Ley 43/1995, el cual comprende únicamente el precepto 135 *bis* de este texto legal. Este régimen especial dota a las comunidades de montes vecinales de singularidad en tres ámbitos de la imposición societaria:

a) Determinación de la base imponible. Esta magnitud fiscal se determinará, en principio, al igual que para cualquier otro sujeto pasivo del impuesto, partiendo del resultado contable y corrigiéndolo por los ajustes derivados de la aplicación de las normas fiscales específicas, previstas en los artículos 11 y siguientes de la Ley 43/1995. ¿Dónde se encuentra, entonces, la especialidad en este ámbito? Exclusivamente en la previsión de una singular reducción en la base imponible bajo el supuesto de una aplicación finalista del resultado. El reconocimiento de este peculiar "beneficio fiscal" sugiere el siguiente análisis:

– En primer lugar, el precepto se refiere a una reducción en concepto de aplicación de beneficios, expresión que trae consigo ciertas implicaciones.

- Se trata de una magnitud "neta", esto es, el resultado de la confluencia entre los ingresos y gastos del ejercicio. Resulta lógica tal referencia en cuanto una reducción en términos de "ingresos brutos" permitiría "consolidar" en la base imponible gastos necesarios para la obtención de ingresos que, sin embargo, no serían objeto de imposición.

- La mención se establece en términos de resultado contable y, por tanto, potencialmente diferente, a través de los ajustes positivos y negativos, de la base imponible. La divergencia entre ambas magnitudes resulta relevante dado que la base imponible podrá ser objeto de reducción en la medida en que se corresponda con un beneficio determinado conforme a las normas mercantiles.

- La referencia genérica a los beneficios implica, igualmente, una absoluta ausencia de restricciones en cuanto al origen o fuente de procedencia de los mismos. No es transcendente a estos efectos que el ingreso generador del beneficio tenga su origen en la actividad forestal, o en otras de naturaleza extraordinaria o accesoria, como los provenientes de expropiaciones de la colocación de excedentes transitorios de tesorería.

- Con cierta imprecisión técnica el precepto establece que *"la base imponible correspondiente a las comunidades titulares de montes vecinales en mano común, se reducirá en el importe de los beneficios del*

ejercicio que se apliquen" a determinadas finalidades, en lugar de referirse a una minoración aplicable a efectos del cálculo de dicha magnitud fiscal. Una interpretación literal plantea problemas cuando el beneficio aplicado a las finalidades acreedoras del beneficio fiscal supera la base imponible del ejercicio. ¿Puede ser el resultado de dicha diferencia negativo? ¿En qué medida puede trasladarse a ejercicios posteriores? De una lectura conjunta de los preceptos 23 y 135 *bis* de la Ley 43/1995 se deriva el siguiente orden para la determinación de la magnitud fiscal base para la aplicación del tipo de gravamen: rentas del período impositivo, compensación de bases imponibles negativas de ejercicios anteriores y, finalmente, reducción específica aplicable a estas entidades. No obstante, no se trata de una prelación consecuente con el esquema liquidatorio del impuesto de la que con más lógica parece sugerir una aplicación, en su caso, anterior de las reducciones previstas a la compensación de bases negativas, la cual una vez operada deriva en la base imponible.

– La acreditación de la reducción exige que la aplicación del beneficio se efectúe en el propio período impositivo o en los tres siguientes. Resulta cuestionable si la referencia al "propio período" se refiere a aquel en el que se ha generado el beneficio o, por el contrario, en el ejercicio en el que tiene lugar su determinación y, por tanto, la aprobación de la aplicación del resultado. Parece difícil sostener una afectación de un beneficio a un fin en el propio período que se genera, cuando esta magnitud se determina una vez cerrado el ejercicio. En cualquier caso, la obtención del beneficio fiscal parece estar sometida, desde esta perspectiva, a una triple secuencia: obtención de beneficios, afectación de los mismos a las finalidades previstas y materialización en las inversiones descritas en el plazo mencionado.

– Con técnica tradicional la norma prevé que *"en caso de no realizarse la inversión dentro del plazo señalado, la parte de la cuota íntegra correspondiente a los beneficios no aplicados efectivamente a las inversiones descritas, junto con los intereses de demora, se ingresará conjuntamente con la cuota correspondiente al período impositivo en que venció dicho plazo"*. El mecanismo de regularización articulado en el caso de incumplimiento de las condiciones establecidas para que la inversión consolide el beneficio fiscal presenta sendas implicaciones[28]:

- Es evidente que el legislador no pretende sancionar el incumplimiento de la inversión en el plazo establecido, sino que únicamente impone la tributación de la que hubiera sido correcta, incorporando los correspondientes intereses de demora.

- El sistema de integración del beneficio fiscal "indebidamente" disfrutado a nivel de cuota diferencial impide la compensación de bases imponibles negativas pendientes de aplicación, así como de las deducciones

[28] Idéntico sistema de "corrección" es el previsto por el artículo 21.5 de la Ley 43/1995, desarrollado por el artículo 33.2 del Reglamento del Impuesto sobre Sociedades, para el supuesto de incumplimiento dentro del plazo establecido de la reinversión asociada al diferimiento de las rentas extraordinarias generadas en la transmisión de determinados elementos patrimoniales.

acreditables contra la cuota íntegra.

– Desde una perspectiva material se requiere que el beneficio se concrete en inversiones que efectivamente se realicen con destino a la conservación, mejora, protección, acceso y servicios destinados al uso social al que el monte esté destinado, así como por la financiación de obras de infraestructura y servicios públicos, de interés general. Con base en el precepto legal y en la doctrina de la Dirección General de Tributos[29] podemos extraer las siguientes conclusiones al respecto:

- Tienen la consideración de obras de interés social todas aquellas actuaciones que beneficien a la colectividad en su conjunto, en la medida en que no estén orientadas a beneficiar singularmente a determinadas personas o entidades privadas. Bajo tal requisito y más concretamente su destino pueden tener dicha consideración: *"fiestas patronales, obras en iglesias y cementerios, equipamientos de locales sociales, educativos y deportivos, fuentes, canalizaciones de aguas, arreglo y asfaltado de caminos, instalaciones de iluminación pública, sumideros"*, *"ayudas económicas a colectivos culturales, deportivos o sociales"*.

- La comunidad de montes, en el momento de la declaración del impuesto no tiene obligación de aportar justificantes que acrediten los destinos que han determinado la reducción de la base imponible, aunque deberán aportar las oportunas pruebas con posterioridad en el caso de que lo exijan los órganos competentes de la Administración tributaria. La Administración tributaria, en la comprobación del destino de las inversiones indicadas, podrá solicitar los informes que precise de las Administraciones autonómicas y locales competentes.

– Finalmente, la referencia del precepto a la base imponible ha de cerrarse con una prevención técnica que pretende evitar una doble afluencia de la misma magnitud, aunque por diferente concepto, a la base imponible: primero como gasto fiscal y ulteriormente vía aplicación del resultado como reducción de la base imponible. En efecto, es perfectamente posible una materialización del beneficio en los términos de "interés social" que se establece en el artículo 135 *bis* de la Ley 43/1995, que previamente alcance la consideración de gasto fiscal, bien a través de su imputación directa a la base imponible, o tratándose de inversiones, indirectamente, a través del proceso de amortización. Ante tal factible duplicidad, parece necesario destacar que la reducción es procedente en la medida en que el resultado contable no haya recogido como gasto la aplicación del beneficio a tales finalidades.

b) Tipo de gravamen. El apartado dos del mencionado artículo 135 *bis* de la Ley 43/1995 establece a este respecto que *"las comunidades titulares de montes vecinales en mano común tributarán al tipo impositivo previsto en el apartado 2 del artículo 26 de esta Ley"*. La remisión normativa conlleva la aplicación de un tipo preferente del 25 por 100.

---

[29] Contestación de la Dirección General de Tributos de 27 de diciembre de 2000.

c) Obligaciones contables y formales. Las comunidades de montes vecinales en mano común como sujeto pasivo del impuesto sobre sociedades están sometidas al cumplimiento de determinadas obligaciones de índole contable y formales. En este ámbito, básicamente, podemos destacar tres:

– Alta en el índice de entidades en la Delegación de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria correspondiente a su domicilio fiscal. En esta materia las comunidades de montes vecinales no presentan especialidad alguna[30].

– Llevanza de la contabilidad de acuerdo con lo previsto en el Código de comercio. Con mayor transcendencia el régimen fiscal especial de estas entidades no contiene ninguna previsión al respecto, lo que determina una diferencia apreciable respecto de sus obligaciones registrales como sujeto pasivo del impuesto sobre la renta de las personas físicas. En efecto, la actualmente vigente Ley 40/1998 en su artículo 86.2, al igual que la precedente Ley 18/1991, establece al respecto:

> *"A efectos de esta Ley, los contribuyentes que desarrollen actividades empresariales cuyo rendimiento se determine en régimen de estimación directa estarán obligados a llevar contabilidad ajustada a lo dispuesto en el Código de comercio.*
>
> *No obstante, reglamentariamente se podrá exceptuar de esta obligación a los contribuyentes cuya actividad empresarial no tenga carácter mercantil de acuerdo con el Código de comercio, y aquellos contribuyentes que determinen su rendimiento neto por la modalidad simplificada del régimen de estimación directa".*

El Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas dispone que cuando la actividad empresarial realizada no tenga carácter mercantil de acuerdo con el Código de comercio, o cuando se determine el rendimiento neto en la modalidad simplificada del régimen de estimación directa, *"las obligaciones contables se limitarán a la llevanza de los siguientes Libros registro:*

a) Libro registro de ventas e ingresos.
b) Libros registro de compras y gastos.
c) Libro registro de bienes de inversión".

En definitiva, la transición operada en las comunidades titulares de montes vecinales en el sentido de dejar de estar sujetas como entidad en régimen de atribución de rentas al impuesto sobre la renta de las personas físicas, convirtiéndose en sujeto pasivo del impuesto sobre sociedades a partir del 1 de enero de 1999, permite introducir las siguientes conclusiones al respecto de esta obligación:

– La naturaleza no mercantil, conforme al Código de comercio, de la actividad forestal desarrollada por las comunidades de montes vecinales, además de la posibilidad de determinar, bajo el cumplimiento de los requisitos reglamentariamente establecidos, el rendimiento neto bajo la modalidad simplificada del régimen de estimación directa, supone un aumento en el nivel de deberes

[30] Artículos 136 y 137 de Ley 43/1995, de 27 de diciembre.

contables de estas entidades como consecuencia de su sujeción al impuesto sobre sociedades: la llevanza de la contabilidad conforme a lo establecido la legislación mercantil, obligación de la que quedaban exceptuados como sujetos pasivos del impuesto sobre la renta de las personas físicas.

– El sometimiento de las comunidades de montes vecinales a las obligaciones contables establecidas con carácter general por la normativa de la imposición societaria plantea un problema de transición entre distintos niveles de información contable. Basándonos en el criterio de la Dirección General de Tributos[31] puede señalarse lo siguiente:

- La incorporación a los libros de contabilidad de los diferentes elementos patrimoniales debe efectuarse conforme al principio de precio de adquisición establecido por el artículo 38 del Código de comercio y desarrollado por la partes 1.ª y 5.ª del Plan General de Contabilidad de 1990. A tal efecto:

  – *"El terreno del monte vecinal habrá de valorarse por su precio de adquisición.*

  – *La valoración del arbolado se realizará atendiendo al coste de producción del mismo, que se determinará añadiendo a los costes directamente imputables a dicha producción (semillas y plantones, abonos, saneamiento y limpieza del monte, etc.) la parte que razonablemente corresponda de los costes indirectos (gastos generales de administración, por ejemplo).*

  – *Los demás activos (edificaciones, maquinaria, etc.) se valorarán por su precio de adquisición o coste de producción menos la amortización acumulada".*

- La anotación de los diferentes activos de acuerdo con su precio de adquisición o coste de producción se efectuará sin perjuicio de reflejar, en su caso, la amortización acumulada desde la fecha de adquisición hasta la apertura de la contabilidad, así como cualquier otra corrección valorativa que fuera procedente.

- *"El precio de adquisición se podrá acreditar por cualquier medio de prueba, incluida la pericial".* Esta afirmación requiere de alguna precisión. ¿Cuál es el alcance de la tasación pericial?, o más concretamente ¿a qué momento ha de referirse? Parece lógico que la utilización de este procedimiento se refiera a la fecha de la incorporación del elemento en cuestión al patrimonio de la entidad, pudiendo alcanzar la peritación a las ampliaciones y mejoras realizadas con posterioridad que, conforme a los criterios contables, deban formar parte del precio de adquisición o coste de producción. Correlativamente, en el supuesto de elementos patrimoniales depreciables sistemáticamente, ha de recogerse

[31] Contestación de la Dirección General de Tributos de 27 de diciembre de 2000.

el correspondiente fondo de amortización acumulada. Cualquier pretensión de desplazar la referencia temporal de la tasación al momento del "nacimiento" de la obligación de cumplimentación de los libros oficiales de contabilidad conllevaría una revalorización no amparada legalmente, inadmisible desde el punto de vista del exigible gravamen del valor añadido generado, esto es, de la necesaria imposición, en el momento de producirse la transmisión, de la parte del precio de mercado de los activos enajenados que no ha sido coste. Únicamente de esta forma se entiende la mención de la Dirección General de Tributos al registro de la correspondiente amortización acumulada. En la misma línea se indica por este Centro Directivo que "el valor contable o de inventario de los bienes integrantes del patrimonio de la comunidad vecinal, y en particular el valor del monte, así determinado, no tiene por qué coincidir con el posible justiprecio que se pagaría en caso de expropiación, ni recoge de manera independiente la valoración de otras características del bien (como pueden ser los valores paisajísticos, medioambientales, etc.)" y, con referencia particular a la valoración de las existencias finales de arbolado se señala que "se regirá por el principio del coste de producción. Esto es, únicamente se reflejará como mayor valor de las existencias finales el importe de los costes directamente imputables más la parte que razonablemente corresponda de los costes indirectos, no debiendo ser incluido como mayor valor de las existencias finales el incremento del valor de la madera del monte por su crecimiento natural o por el aumento de su precio de mercado".

- Como criterio de cierre se señala en la mencionada contestación administrativa que "si el precio de adquisición de estos elementos patrimoniales no se pudiese determinar o no existiese, su incorporación a la contabilidad se haría por un valor insignificante".

– Finalmente, los sujetos pasivos del impuesto sobre sociedades tienen que presentar la correspondiente declaración–liquidación. Se trata de una obligación establecida con carácter general de la que únicamente se excepcionan dos supuestos:

- Las entidades exentas del impuesto a que se refiere el artículo 9 de la Ley 43/1995.

- Las entidades parcialmente exentas conforme al artículo 133 de dicho texto legal cuando sólo obtengan rentas exentas o rentas sometidas a retención.

Las comunidades titulares de montes vecinales están, por tanto, obligadas a presentar declaración–liquidación por este impuesto. No obstante, se establece que no están obligadas a presentar declaración en aquellos períodos impositivos en que concurran conjuntamente tres circunstancias:

- Que no obtengan ingreso alguno. La ausencia de mayor concreción implica que la generación de ingresos, independientemente de su cuantía y fuente de procedencia, implica el necesario cumplimiento de dicha

obligación.

– Que la entidad no incurra en gasto alguno. La redacción de la norma, en principio, es clara: la realización de algún gasto implica la obligación de presentar declaración–liquidación por el impuesto. Sin embargo, se trata de una circunstancia que plantea diferentes interrogantes.

– ¿Se trata del gasto "contable" o del gasto "fiscal"? Es perfectamente posible que un gasto que debe tenerse en cuenta a efectos de la determinación del saldo de pérdidas y ganancias no sea fiscalmente deducible para el cálculo de la base imponible. Por ejemplo, como consecuencia de la aplicación del artículo 14 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades o de las restricciones que este texto legal establece en relación con la admisión fiscal de ciertas dotaciones a los fondos de provisión. La situación opuesta es, igualmente, factible. Por ejemplo, la libertad de amortización, el régimen de diferimiento de rentas extraordinarias provoca ajustes negativos en el resultado contable o la corrección inflacionaria prevista para el supuesto de transmisión de determinados elementos patrimoniales. Puede afirmarse que la referencia al gasto ha de encuadrarse en el ámbito contable, dado que no se puede hablar propiamente de "gasto fiscal". Existen gastos, cuya calificación proviene de la norma mercantil, que son o no admitidos a efectos de la fijación de la renta fiscal. En consecuencia, tenemos un resultado contable por confluencia de ingresos y gastos sobre el que se practican conforme a normas fiscales ajustes de diferente signo para el cálculo de la base imponible. No obstante, este esquema plantea problemas en la aplicación del mencionado régimen de diferimiento establecido en el artículo 21 de la Ley 43/1995. La obtención de un ingreso contable "extraordinario" puede diferirse fiscalmente. La reversión en los períodos impositivos subsiguientes del "ingreso" fiscal surge como consecuencia de un ajuste positivo en la base imponible. Sostener que la ausencia de ingresos y gastos contables y, por tanto, de resultado contable permite no "autoliquidar" la base imponible resultante de dicho ajuste en base a una pretendida "ausencia" de la obligación de declarar parece temerario y, en cualquier caso, incongruente con el propio contenido de dicho precepto legal que impone una inclusión posterior en la base imponible de ingresos inicialmente diferidos.

– En segundo término, se plantea si la obligación de presentar declaración sujeta a la concurrencia de esta circunstancia, exige que el gasto revierta directamente en la cuenta de resultados, esto es, ¿cuál es el momento que vincula el gasto con tal obligación? ¿Su realización o la imputación a la cuenta de resultados? Un gasto generado puede revertir a la cuenta de pérdidas y ganancias bien directamente o indirectamente mediante su previa activación y posterior imputación a través del proceso amortizador o de una ulterior enajenación. Una interpretación pura del precepto, no exenta de matizaciones, parece apuntar al gasto vinculado con el beneficio o pérdida del ejercicio. Esto significa que la realización de una inversión o la generación de gastos que por su vinculación al precio de adquisición o su

conceptuación como ampliaciones o mejoras deben activarse no determinan, por sí solas, el nacimiento de la obligación de declarar.

– ¿Cuáles son las consecuencias del incumplimiento de esta obligación cuando ésta deriva únicamente de la realización de gastos? Se trata, posiblemente, de una previsión normativa que pretende evitar el cumplimiento de esta obligación a aquellas comunidades titulares que permanezcan inactivas. Una interpretación literal hace difícil que el incumplimiento derivado de este deber de gestión, en la medida en que no conlleva una ausencia del ingreso de la correspondiente deuda tributaria, puede ir más allá de la apreciación de una posible infracción tributaria simple. La acreditación de gastos, determinantes de bases imponibles negativas, en el marco de una actuación administrativa de comprobación no imputados mediante la presentación de la correspondiente declaración deberá observar el mandato legal a cuyo tenor deberá justificarse, *"mediante la exhibición de la contabilidad y los oportunos soportes documentales, la procedencia y la cuantía de las bases imponibles negativas cuya compensación pretenda, cualquiera que sea en el ejercicio en que se originaron"*[32].

Como corolario de la sujeción al impuesto sobre sociedades, se regula la integración entre esta figura impositiva y el impuesto sobre la renta de las personas físicas, sobre tres bases tradicionales:

– La integración de la renta obtenida por la comunidad en la base imponible de los socios tendrá lugar en el supuesto de su efectiva distribución entre los comuneros.

– Se prevé un instrumento de eliminación parcial de la doble imposición económica mediante una remisión al artículo 23.1 de la Ley 40/1998.

– No obstante, la aplicación efectiva del mecanismo prevé una especialidad consecuente con la aplicación de un tipo de gravamen preferente: el tradicional esquema de integración del beneficio distribuido en la base imponible y acreditación ulterior de una deducción en la cuota se ve afectado únicamente por la aplicación a aquél de un coeficiente del 1,25 en lugar del 1,40 establecido con carácter general y la determinación de la deducción mediante la aplicación del 0,25 sobre el rendimiento así integrado.

III. El impuesto sobre el valor añadido y las comunidades titulares de montes vecinales:

Las comunidades titulares de montes vecinales en mano común, conforme a lo establecido en los artículos 4.5 y 84.3 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, son sujetos pasivos del impuesto sobre el valor añadido. Estas entidades podrán tributar en relación con el desarrollo de actividades de índole forestal, más concretamente venta de madera, siempre y cuando cumplan los requisitos establecidos en el artículo 124 de la Ley 37/1992 y siempre que no hubiesen renunciado al mismo.

---

[32] Contenido en el artículo 23.5 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre Sociedades.

La aplicación de este régimen supone que las comunidades de montes vecinales no están sometidas, en lo que concierne a las actividades incluidas en el mismo, a la obligación de liquidación, repercusión o pago del impuesto y a las de índole contable o registral ni, en general a cualesquiera de las establecidas en los títulos X y XI de la Ley 37/1992, sin perjuicio de las excepciones a que se refiere el artículo 129.2 de este texto legal, teniendo derecho a la percepción de la compensación en los términos del artículo 130 de la referida norma.

La incidencia de este tributo se complica cuando en la gestión del monte participa la Administración Pública a través de figuras como la del consorcio o convenio. La cuestión reside, en definitiva, en determinar si la existencia de esta intervención supone la cesión de la explotación y, por lo tanto, la no consideración como titulares de explotaciones forestales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43 del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido. A tal efecto puede ejemplarizarse la cuestión mediante la referencia a dos supuestos concretos:

– Un modelo de consorcio con el Patrimonio Forestal del Estado, anterior a 1977. Este contrato tiene por objeto la repoblación forestal y la conservación y mejora del vuelo. En él se establece que continuará perteneciendo al Patrimonio Forestal del Estado la propiedad del vuelo (preexistente y nuevo), y que todos los gastos que se ocasionen en el período de explotación regular serán satisfechos con cargo a la renta del vuelo. Parece claro que en este primer supuesto se deduce que la titularidad del vuelo arbóreo y de los frutos obtenidos corresponde al Patrimonio Forestal del Estado, sin perjuicio de que éste deba satisfacer al titular una contraprestación consistente en el derecho a percibir una parte del importe de la venta de los citados productos. En consecuencia, a efectos del impuesto sobre el valor añadido, el propietario del suelo cede la explotación y, conforme al citado artículo 43 del Reglamento de dicho impuesto, no puede acogerse al régimen especial de la agricultura, ganadería y pesca.

– Un modelo de convenio con la Consellería de Agricultura de la Xunta de Galicia del año 1985. Este acuerdo tiene por objeto la repoblación forestal, y la conservación, tratamiento silvícola y aprovechamiento del arbolado preexistente y que continúa perteneciendo a los vecinos, cediendo a la Administración el derecho de vuelo sobre el arbolado que se cree, pero el arbolado preexistente continúa perteneciendo a la comunidad propietaria del suelo. Los ingresos obtenidos del arbolado preexistente corresponden íntegramente a la comunidad propietaria, y los del arbolado creado corresponde en un 70 por 100 a la comunidad de propietarios y en un 30 por 100 a la Consellería de Agricultura. Los gastos se financian en un 50 por 100 con subvenciones y el 50 por 100 restante con anticipos reintegrables al interés del 1 por 100. Estos anticipos se cubrirán con la participación administrativa en el 30 por 100 de los ingresos del arbolado creado. Coincidiendo con el planteamiento de la Agencia Tributaria[33] al respecto, el análisis de esta figura de participación de la Administración en la gestión del monte exige una diferenciación

[33] Esta posición está recogida en un Informe de 4 de mayo de 1998 de la Subdirección General de Ordenación Legal y Asistencia Jurídica del Departamento de Inspección Financiera y Tributaria de la A.E.A.T.

entre el arbolado preexistente y el creado:

– Respecto del primero, continúa perteneciendo a la comunidad propietaria del suelo que, además, percibe el 100 por 100 de los ingresos obtenidos del aprovechamiento del arbolado ya existente a la firma del convenio. En este supuesto, la comunidad no cede la explotación del arbolado, únicamente ha concertado con un tercero la realización por éstos de prestaciones de diversa naturaleza. Por esta parte, la comunidad vecinal podrá acogerse al régimen especial de agricultura, ganadería y pesca siempre que concurran los requisitos establecidos legal y reglamentariamente a tal efecto.

– En cuanto al segundo parece que la entidad administrativa adquiere la titularidad de los productos obtenidos del mismo, sin perjuicio que como contraprestación deba satisfacer una contraprestación consistente en el derecho a percibir una parte del importe de la venta de los citados productos. El propietario del suelo cede, por tanto, la explotación del suelo quedando excluido del mencionado régimen especial[34].

[34] No comparte este criterio el Tribunal Económico Administrativo Regional de Galicia que en resolución de 22 de enero de 1999 señala: "En el presente caso podemos considerar que nos encontramos ante una entidad sin personalidad jurídica, surgida del citado Convenio, que es la que lleva a cabo la explotación forestal repartiendo los derivados de la misma en una determinada proporción entre los partícipes que la integran, teniendo ambos la consideración de cedentes y cesionarios, pues también la Consellería aporta su participación en el vuelo creado en virtud del anterior Consorcio. En consecuencia dicha entidad sería sujeto pasivo del Impuesto sobre el Valor Añadido (art. 84.Tres), incluido en el Régimen Especial de agricultura, ganadería y pesca, dado que, en virtud del Convenio suscrito, ostenta la titularidad de una explotación forestal que obtiene directamente productos naturales (art. 125), sin que se aprecie la concurrencia de ninguna causa de exclusión del régimen especial ni incumplimiento de requisitos, ni siquiera por el hecho de que la venta de la madera se realice mediante pública subasta, pues no parece que esta circunstancia pueda encuadrarse entre las actividades excluidas a que alude el artículo 136.3º, al referirse a la comercialización de productos naturales en establecimientos fijos situados fuera del lugar donde radiquen las explotaciones forestales".

III

ACTAS DE LAS SESIONES Y CONCLUSIONES

ACTAS DE LA SECCIÓN CUARTA:

SESIÓN DEL DÍA 27 DE NOVIEMBRE DE 2002

Presidente:
D. Mauro Varela Pérez
Vicepresidente:
D. Carlos Bellón Vázquez
Vocales:
D. Alejandro Fernández Pumariño
D. Evaristo Larrosa Barros
Relatores de la Ponencia:
D. Nemesio Barxa Prieto
D. Gonzalo de la Huerga Fidalgo
D. José Antonio López Graña
D. Juan José Raposo Arceo
Dña. María Josefa Ruiz Tovar
Secretaria:
Dña. Paula Alvarellos Fondo

En la Sala Quinta del Palacio de Congresos de A Coruña, siendo las 16:15 horas del día 27 de noviembre de 2002, se constituye la Mesa con los asistentes reseñados al margen.

Abierto el acto por el Sr. Presidente, se concede la palabra al Sr. DE LA HUERGA FIDALGO, quien procede a la presentación de la ponencia. Éste, a su vez, y con la venia de la presidencia, cede la palabra al Sr. RAPOSO ARCEO, quien expone parte de la ponencia relativa a montes vecinales en mano común.

A continuación se inicia el debate, abriendo la presidencia el turno de intervenciones de los asistentes, que se desarrolla en la forma que se describe a continuación.

El Sr. NOVO FREIRE solicita que se matice por la ponencia la posible competencia de la Administración para desafectar los montes vecinales en mano común. En este sentido, aporta una enmienda por escrito en la que expresa que en el tratamiento que se proponga en el Anteproyecto de Ley de ordenación urbanística y protección del medio rural no debe exigirse la declaración de desafectación por la Administración, ya que los montes vecinales son eminentemente privados y la desafectación solamente puede referirse a los bienes de dominio público.

El Sr. RAPOSO ARCEO puntualiza que la Administración no puede desafectar lo que previamente no está afectado.

El Sr. ALONSO ZATO expone, *in voce*, ciertas consideraciones relativas a la situación actual de los montes vecinales; fundamentalmente, a la incertidumbre de su titularidad jurídica, lo que facilita la adquisición de estos montes por manos privadas, poniendo como ejemplos los parques eólicos y los campos de golf. Presenta, asimismo, una enmienda por escrito, manifestando su oposición a que se supriman los límites a las cesiones temporales y también a que se ofrezcan los aprovechamientos forestales para adquirir ventajas o incentivos financieros.

En representación de la Ponencia el Sr. BARXA ALVAREZ da respuesta al Sr. ALONSO ZATO señalando que la privacidad de los montes vecinales es incuestionable y que las apropiaciones son tan sólo puntuales e inevitables.

El Sr. NOVO FREIRE presenta una enmienda a la propuesta de la ponencia de que desaparezcan los consorcios, que rechaza. Dicha enmienda aparece como apartado b) en el escrito presentado.

El Sr. SAAVEDRA pone de relieve la necesidad de introducir en Ley de montes vecinales una norma que habilite a dichas comunidades a reglamentar un régimen sancionador de conductas ilícitas.

El Sr. RAPOSO ARCEO, en representación de la ponencia, señala que existe una tendencia general a hacer desaparecer los consorcios y a sustituirlos por convenios. Sin embargo, los convenios no se cumplen; de ahí que haya que buscar otras soluciones para la financiación.

El Sr. NOVO FREIRE reitera que el consorcio debe seguir prestando su función, ya que es la única solución que tienen los montes vecinales para su financiación.

El Sr. PÉREZ LEMA resalta la existencia en el norte de la provincia de A Coruña de montes comunales. Manifiesta que se contempló la posibilidad de tramitar expedientes de clasificación; pero éstos no se llegaron a concretar, sino que por el momento se han formulado acciones declarativas por parte de propietarios individuales con el incremento de valor que han supuesto los parques eólicos en la zona.

La Sra. GONZÁLEZ DORREGO pone de relieve la actitud de los registradores de la propiedad, que no admiten la inscripción de los montes vecinales por no cumplir los requisitos legales. Generalmente no se admite la inscripción por no tener personalidad jurídica, y en otros casos por carecer de capacidad jurídica.

El Sr. PÉREZ LEMA presenta en este acto una enmienda de adición, que concretará por escrito en el día de mañana, referida al hecho de que los registradores no deben exigir más requisitos que la propia ley para inscribir. Pone como ejemplo, la planimetría. Señala que la legislación hipotecaria es un simple instrumento del Derecho sustantivo; por lo tanto las exigencias de los registradores entorpecen claramente la inscripción.

El Sr. ALONSO ZATO matiza la enmienda formulada por él anteriormente, señalando que la supresión de las restricciones a la cesión temporal propuesta por la ponencia posibilitaría que estos montes pasaran a ser cedidos por más de treinta años para fines ajenos a lo agrícola o forestal, con el consiguiente peligro de desaparición.

El Sr. LARROSA BARROS juzga conveniente introducir una enmienda relativa al censo previsto por la ponencia como medio para identificar a los comuneros, ya que lo considera una duplicidad con el libro registro diligenciado. Igualmente plantea como enmienda de adición que se permita una junta universal de comuneros, en el sentido de que, estando todos presentes y consintiendo celebrar la asamblea, así debiera poder hacerse.

El Sr. BELLÓN VÁZQUEZ, en la medida en que está previsto que los comuneros queden reflejados en un censo oficial, solicita una aclaración sobre qué debe entenderse por censo oficial. A este respecto, el Sr. RAPOSO ARCEO, en representación de la ponencia, precisa que se trataría de un medio para que todos los comuneros tuviesen conocimiento de quién forma la comunidad.

El Sr. BELLÓN VÁZQUEZ solicita que se realicen determinadas correcciones de índole semántica; considera que la ponencia debe matizar, fundamentalmente, el término "intervención" que se emplea al referirse a la "intervención cuando el monte está en situación de abandono". Igualmente estima necesaria la diferenciación de los distintos tipos de aprovechamiento, porque aunque el forestal es importante, hay otros como el ganadero que también posee gran relevancia. Finalmente propone que los deslindes no sean administrativos, ya que acabaría fomentando un gran número de procedimientos judiciales, cuando los vecinos no estuviesen de acuerdo.

El Sr. CRESPO LÓPEZ presenta una enmienda por escrito respecto a los requisitos para ser comunero. Considera que hay que mantener los requisitos exigidos por la Ley de 1989 y el Reglamento de 1992, y exigir que los vecinos tengan, además, alguna vinculación con el monte, no bastando con tener la condición de vecino. Este extremo no es compartido por el Sr. QUINTEIRO, para quien sería suficiente con ostentar la condición de vecino.

Se procede a la lectura de las enmiendas y a la correspondiente votación:

1. Enmienda presentada por el Sr. SAAVEDRA. La ponencia la acepta por mayoría.

2. Enmienda presentada por el Sr. NOVO. Los ponentes aceptan la propuesta relativa a la manifestación de que no es lógico exigir la declaración de desafectación por la Administración de los montes vecinales en mano común, ya que éstos son privados y la desafectación solamente puede

referirse a bienes de dominio público. El Sr. RAPOSO ARCEO puntualiza que la desafectación, en cuanto revisión de la declaración de monte vecinal en mano común hecha en su día, en principio no es jurídicamente viable por tratarse de un acto jurídico firme. No se acepta por unanimidad el segundo apartado de la enmienda del Sr. NOVO, relativa a la no desaparición de los consorcios.

Se procede a la votación de este segundo apartado de la enmienda (no desaparición de consorcios). A favor, cinco votos (5); en contra, doce votos (12). El Sr NOVO se reserva, conforme al artículo 23 del Reglamento del Congreso, el derecho a reproducir en el Pleno su enmienda.

3. Enmienda presentada por el Sr. ALONSO ZATO. La ponencia acuerda que matizará la posible desaparición de las cesiones en las restricciones temporales. El Sr. ALONSO ZATO retira la segunda parte de su enmienda, relativa a riesgos financieros.

4. Enmienda del Sr. CRESPO LÓPEZ. Votación de la ponencia: no se acepta la enmienda. Votación de la sección: a favor, cinco votos (5); en contra, quince votos (15).

5. Enmienda del Sr. LARROSA. Se acepta por unanimidad por la ponencia la proposición de prever la junta universal. Asimismo, se conviene sustituir el término "censo de comuneros" por "lista de comuneros".

6. Enmienda del Sr. BELLÓN, relativa a corrección de transcripción.– En la página 2, párrafo último, cuando se habla de "censo oficial", retirar la palabra "oficial", lo que es aceptado por unanimidad por la ponencia. En la página 7, apartado 13, se acepta la proposición de matizar la palabra "intervención". En la página 7, apartado 14, al hablar de la "recomposición del monte", se acepta matizar lo que quiere decir la palabra "recomposición". En la página 8, línea segunda, se acepta sustituir "los montes vecinales en propiedad germánica o romana pertenecen a los vecinos" por "los montes en propiedad germánica o romana pertenecen a sus titulares".

Propone la ponencia que se hagan constar en las conclusiones la necesidad de delimitar la intervención por parte de la Administración en la propiedad privada, incluyendo en ella los montes.

Dado lo avanzado de la hora se suspende la sesión, quedando emplazados los asistentes para el día de mañana, según el programa previsto.

SESIÓN DEL DÍA 28 DE NOVIEMBRE DE 2002

Presidente:
D. Mauro Varela Pérez
Vicepresidente:
D. Carlos Bellón Vázquez
Vocales:
D. Alejandro Fernández Pumariño
D. Evaristo Larrosa Barros
Relatores de la ponencia:
D. Nemesio Barxa Prieto
D. Gonzalo de la Huerga Fidalgo
D. José Antonio López Graña
Dña. María Josefa Ruiz Tovar
Secretaria:
Dña. Paula Alvarellos Fondo

En la Sala Quinta del Palacio de Congresos de A Coruña, siendo las 10:00 horas del día 28 de noviembre de 2002, se constituye la Mesa con los asistentes reseñados al margen.

El Presidente declara abierta la sesión a las 10:15 horas, dando lectura a la enmienda remitida vía fax por el Sr. PÉREZ LEMA. Concedida la palabra al ponente, Sr. DE LA HUERGA, éste señala lo siguiente con respecto a la referida enmienda: el apartado a) de la enmienda ya está recogido en la propia ponencia; en cuanto al apartado b) la ponencia lo asume; el apartado c) se acepta, aunque se trata de una simple recomendación; y en cuanto al apartado d) igualmente se acepta, con la matización de que la transferencia se opere no sólo a las parroquias sino a las comunidades como grupos sociales.

Finalizada su intervención, el Sr. Presidente concede de nuevo la palabra al Sr. DE LA HUERGA a los efectos de precisar en qué lugar de la ponencia tendrá su sede sistemática la enmienda admitida, a lo que el Sr. DE LA HUERGA responde que lo decidirá en la sesión vespertina.

A continuación, en representación de la ponencia, interviene el Sr. DÍAZ FUENTES para exponer los aspectos atinentes a los montes de vara, abertales o en copropriedad romana. Da lectura a un documento complementario de la ponencia –con el fin de que sea incorporado a la misma, a modo de conclusión–, en la que relata, con mayor abundancia y precisión, los caracteres y orígenes de esta institución en el Derecho civil gallego.

El Sr. BELLÓN VÁZQUEZ presenta una enmienda en la que se expone su crítica a la necesidad de incluir estos montes en los textos legislativos gallegos, ya que se trata de propiedades privadas comunes que no requieren de regulación específica. Critica, asimismo, que la ponencia promueva unas unidades mínimas para la explotación forestal por poder generar graves problemas.

El ponente, Sr. DÍAZ FUENTES, no comparte la enmienda presentada y propone mantener la referencia a esta institución por tratarse de una institución de Derecho civil gallego.

El Sr. BELLÓN VÁZQUEZ se reafirma en que estos montes no tienen vigencia y mantiene su enmienda.

El Sr. PACHO defiende la propuesta contenida en la ponencia oponiéndose, en

consecuencia, a la enmienda formulada por el Sr. BELLÓN.

Seguidamente se abre un turno de debate en el que intervienen los Sres. CRESPO, ALONSO ZATO, DÍAZ FUENTES y LÓPEZ GRAÑA. Se analizan los orígenes forales de estos montes y se trata el tema de la desigualdad física de las varas entre sí.

Se somete a votación la enmienda presentada por el Sr. BELLÓN, alcanzándose el siguiente resultado: a favor, seis votos (6); en contra, doce votos (12). Por tanto, el Sr. Presidente proclama que la enmienda queda rechazada, si bien el enmendante, en virtud de la potestad regulada en el artículo 23 del Reglamento del Congreso, manifiesta su intención de someter la enmienda a la consideración del Pleno.

A continuación se procede a la exposición de las diversas comunicaciones presentadas a esta sección.

En primer lugar, interviene la Sra. FERNÁNDEZ SANTIAGO, quien defiende su trabajo sobre "A titularidade dos montes veciñais en man común e a esixencia legal de realizar algunha actividade relacionada co monte". Finalizada su exposición, el Sr. BARXA ALVAREZ, en nombre de la ponencia, manifiesta su disconformidad con el contenido de la comunicación y subraya el hecho de que en la sesión del día anterior ya fue rechazada una enmienda en el mismo sentido presentada por el Sr. CRESPO.

Tras decaer en el derecho a la defensa de sus trabajos la Sra. SIEIRO CONSTENLA y el Sr. LÓPEZ CHAVES, por no hallarse presentes en la Sala, interviene la Sra. GONZÁLEZ DORREGO, quien procede a la exposición de su comunicación sobre "Montes vecinales en mano común". El Sr. BARXA ALVAREZ acepta la integración de la comunicación en la ponencia; fundamentalmente la exclusión del intervencionismo administrativo. En cuanto a la discusión que la comunicación plantea entre personalidad jurídica y capacidad jurídica, la misma se integra en la ponencia, manifestando que sería muy conveniente tratar de solucionar problemas tan elementales como la adquisición por parte de las comunidades de determinados bienes.

A continuación se producen las siguientes intervenciones:

- La Sra. TORRES CORTEL incide en la problemática planteada por la comunicante Sra. GONZÁLEZ DORREGO.

- La Sra. FERNÁNDEZ SANTIAGO reflexiona sobre la problemática actual de los montes vecinales, proponiendo ampliar su capacidad jurídica para poder llevar a cabo más actos y negocios jurídicos.

- El Sr. CRESPO sugiere que los comuneros utilicen los mecanismos de la vigente Ley orgánica del derecho a la asociación para solucionar los problemas derivados de la falta de capacidad jurídica.

Seguidamente es llamado el congresista Sr. CORRAL DUEÑAS para que proceda a la defensa de su comunicación. Sin embargo, el autor decae en su derecho por no estar presente en la Sala.

El Presidente en funciones, Sr. BELLÓN VÁZQUEZ, retira su enmienda –a la que se ha hecho alusión anteriormente en esta acta– y pone de manifiesto que en ningún caso pretendió contrariar a los registradores de la propiedad.

Siendo las 13:40 horas se suspende la sesión.

Siendo las 19:00 horas se reanuda la sesión con idéntica participación en cuanto a la Mesa y ponentes presentes.

El Sr. Presidente concede la palabra al Sr. PÉREZ LEMA, quien pone de manifiesto que, de acuerdo con Dña. ISABEL GONZÁLEZ DORREGO, el punto tercero de su enmienda debe quedar redactado en los términos siguientes: "Instar do Ministerio de Xustiza e dos Grupos Parlamentarios no Congreso dos Deputados a promoción das reformas necesarias no Dereito hipotecario para o seu axeitado servizo ás institucións do Dereito civil galego". El Sr. DE LA HUERGA, representante de la ponencia, admite la citada enmienda con su texto transaccional y ratifica el dictamen de la ponencia en cuanto a que el futuro "Consello de Montes de Galicia" suponga la supresión de todos los órganos administrativos relacionados con la materia competencial, entre ellos los cuatro "xurados provinciais".

A continuación el Sr. Presidente somete la ponencia a votación, obteniéndose el siguiente resultado: a favor, quince votos (15); en contra, ningún voto (0); abstenciones, tres (3).

Tras conferir a la ponencia el encargo de redactar las conclusiones de esta Comisión, siendo las 20:30 horas del mismo día, y no habiendo más asuntos que tratar, se levanta la sesión, de la que yo, la Secretaria, con el V.ºB.º del Sr. Presidente, doy fe.

CONCLUSIÓNS DA SECCIÓN:

Conclusións que a Sección Cuarta somete ó Pleno do Congreso para a súa aprobación, se procede:

PRIMEIRA.– En relación cos montes veciñais en mancomún:

SITUACIÓN ACTUAL

Podería salientarse que a regulación xurídica actual se debe ao labor, fundamentalmente, da xurisprudencia galega, sobranceando o papel que historicamente desenvolveu, e actualmente desenvolve, tanto a antiga Audiencia Territorial da Coruña, coma o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia.

ANÁLISE DA REGULACIÓN XURÍDICA

1. Concepto:

Entendemos que deben subliñarse catro caracteres básicos:

- O seu carácter exclusivo e intrinsecamente privado.
- A titularidade colectiva.
- O aproveitamento en común.
- O carácter "consuetudinario", con independencia da caracterización xeomorfolóxica do monte, calquera que fose o seu destino.

2. Natureza:

- A súa titularidade é sempre sen cotas de ningunha clase.
- Indivisible.
- Imprescritible: *ad intra* e *ad extra* da comunidade titular.
- Inalleable.
- Inembargable.

3. Comuneiros:

É necesario precisa–lo concepto baixo os parámetros seguintes:

- Residencia de feito como concepto exclusivamente "fáctico".
- Indiferencia da profesión de quen ten a condición de veciño.
- Vinculación dalgunha forma á "casa".

4. Elemento obxectivo:

Parece evidente que o "monte veciñal" é solo rústico, pero a identificación co aproveitamento forestal decepa múltiples opcións de aproveitamento (agrícola, pecuario, cinexético, turístico, de producción de enerxías anovables, etc.). Por tanto sería necesario precisar tal cuestión, obviando a restricción, que se establece no anteproxecto de Lei de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia.

5. Réxime xurídico:

Deberan de recupera–lo seu papel histórico de fonte de ingresos da comunidade e factor que dinamice a vida delas, polo que deberían introducirse as seguintes innovacións:

- Potenciación da capacidade xurídica da comunidade. Podería por tanto ser positivo un recoñecemento explícito da súa posibilidade de adquisición de todo tipo de bens, mobles e inmobles.
- Reconsideración das condicións da cesión temporal para face–la máis operativa.
- O dereito de superficie habería de experimentar un alongamento do prazo.
- Actualiza–lo réxime da permuta de terreos.

6. A organización das comunidades:

- Simplificación dos requisitos nas convocatorias da comunidade.
- Reforza–las funcións da xunta rectora.
- Incidir na normativa de contratación e validez da xunta universal.

É dicir, posibilidade de que tódolos comuneiros reunidos fixen o orde do día e

poidan proceder a celebrar xunta universal e toma–los acordos que estimen oportunos.

7. Estatutos:

Cabería habilitar un modelo predeterminado de carácter subsidiario.

8. Relación coa Administración:

É preciso que a Administración, en relación cos Montes Veciñais en Man Común, artelle as seguintes actuacións:

- Ultima–la clasificación dos montes.
- Proceder a un inventario deles.
- Derrego de oficio, ou a instancia da comunidade, a cargo da consellería competente na materia.
- Elaboración real dun plan de aproveitamentos.
- Na medida do posible, dotacións orzamentarias para fomenta–la explotación dos montes.
- Desenvolvemento de actuacións formativas das comunidades e subministración de apoio.

9. Fiscalidade:

Só sobre o aproveitamento, e como calquera comunidade.

10. Indicacións para unha nova regulación:

A) Estímase conveniente a aprobación de normativa legal de carácter disciplinario para dar cobertura ás posibles regulacións estatutarias sobre esta materia a exercer pola xunta rectora sobre os membros da comunidade.

B) Creación do Consello de Montes de Galicia. Trataríase dun organismo con personalidade xurídica propia, incardinado dentro da Administración institucional independente, con estructura, composición e funcións, que se detallan na proposta que se expresa a continuación:

Consello de Montes de Galicia:

Os montes veciñais, en comunidade romana ou xermánica, perténcenlles obviamente ós veciños e non a ningún ente público territorial dos que apareceron en Galicia na terceira década do século XIX, cando eses montes levaban na súa configuración xurídica moitos séculos de andaina; así e todo, esa pertenza particular non pode agocha–la realidade de que pola súa extensión territorial, polas súas posibilidades económicas, polo seu valor ambiental constitúen un elemento de gran transcendencia para o país galego e os seus intereses xerais; prodúcese, xa que logo, unha situación de presencia do que hoxe se coñece por todos como unha función social da propiedade, que induce ao ordenamento xurídico a dictar normas tendentes a darlle entrada na regulación dos seus contornos, sen destruír, por iso, os dereitos dos propietarios, mais reconducindo o exercicio destes, que fora descoñecedor

desa transcendencia, e remediando os casos nos que se produza un abandono. Encomenda–la consecución das esixencias desa función social, coma ata agora veu sucedendo, ao coidado de organismos administrativos de carácter técnico, supón esquece–la capacidade dos que resultan verdadeiramente cualificados para tomar decisións nos aspectos públicos (territorial, económico e ambiental) ós que vimos de facer mención, decisións que efectivamente levarán despois á práctica, nas concretas liñas nelas marcadas, os profesionais técnicos que correspondan. Diante diso, xurde a idea de que sería precisa a creación dun organismo colexiado composto de coñecedores dos diversos campos antes referidos, organismo non numeroso na súa composición para conservar unha rápida capacidade decisoria e independente na súa actuación e toma de resolucións, para que fose un verdadeiro organismo de país, que podería chamarse Consello de Montes de Galicia, encadrado na chamada Administración institucional independente, composto de cinco membros de cualificado coñecemento na materia, nomeados para cinco anos prorrogábeis, cun secretario e dúas asesorías, a xurídica, desenvolvida polo secretario, ademais das súas funcións propias, e a técnica de carácter forestal; por suposto, cos medios precisos para desenvolve–las tarefas que ao referido Consello se lle asignan. As funcións dese Organismo poderían se–las seguintes:

- Inventario de tódolos montes, tanto dos montes en mancomún, como dos de propiedade romana, con detallada identificación física de cada un.
- Proposta da unidade mínima forestal.
- Cualificación dos montes en mancomún; a súa delimitación territorial; e aprobación dun estatuto modelo para os que, requiridos os seus titulares, non o aprobasen.
- Declaración formal, con audiencia dos interesados, do estado de abandono dun monte veciñal.
- Xestión dos montes veciñais que foran declarados en abandono, e que lles será devolta ós interesados de presentar un plan racional de explotación. A xestión dos montes en estado de abandono sería ofrecida previamente á parroquia, cando se tratase dun monte de un ou varios lugares dela.
- Proposta de planeamento forestal xeral dos montes veciñais. Tamén o de cada monte veciñal, cando non for programado polos interesados, previamente requiridos.
- Formación do proxecto anual de orzamento sobre os investimentos derivábeis dos referidos xestión, planeamento e demais funcións que competen ao Consello.

O nomeamento dos vocais do Consello poderíase encomendar a elección do Parlamento en maioría cualificada.

A entrada en funcións do Consello suporía a supresión dos actuais xurados provinciais na materia, e dos demais organismos administrativos relacionados con esta, no que resulte competente o dito Consello.

C) O Congreso insta á Xunta de Galicia a rematar urxentemente a clasificación dos montes veciñais pendentes; a estrema–lo perímetro destes nun curto prazo; e a liquida–los consorcios coas comunidades, asinando no seu canto os convenios previstos na lexislación vixente, enchéndoos de contido e cumprindo as disposicións orzamentarias que, aínda coas axudas da Unión Europea para abandono das terras, non se cumpren.

Faise así mesmo un chamado á Xunta de Galicia e ós grupos parlamentarios para que en futuras iniciativas lexislativas sobre ordenación territorial e máis as facendas locais se transfira os montes comunais de titularidade dalgúns concellos ás parroquias correspondentes ou ós grupos sociais das que procedere, garantindo, en todo caso, un réxime normativo que permita o seu aproveitamento veciñal ao abeiro de principios análogos ós que rexen os montes veciñais en man común.

Faise tamén un chamado ó Ministerio de Xustiza, Dirección Xeral de Rexistros e Grupos Parlamentarios para que insten as reformas pertinentes dos artigos do Regulamento hipotecario para adecualos ó Dereito civil de Galicia.

SEGUNDA.– En relación cos montes en comunidade de tipo romano:

Coñecidos comunmente como montes de varas, de voces ou de fabeo, corresponden a comunidades con cotas, nas que tanto o monte coma as cotas son alleables, divisibles e susceptibles de prescrición. Deberán rexerse polo costume do lugar, e subsidiariamente pola lei. Ao ser polo xeral aplicable, no réxime desta comunidade, o retracto de comuneiros deberá excluírse cando as participacións do monte se allean xunto cun casarío do lugar. A división realizarase por cotas acreditadas e, no seu defecto, a partes iguais.

A ponencia recomenda a fixación de unidades mínimas forestais que eviten a excesiva fragmentación destes montes, xa que o destino forestal reclama unidades moi superiores ás ordinarias de terras de cultivo agrícola.

SECCIÓN QUINTA

«PEDRO GONZÁLEZ LÓPEZ»

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

SUMARIO:

I.– PONENCIA: I. Arrendamiento rústico ordinario en el Derecho civil gallego.– II. Proposición de reforma de la Ley 3/1993, de 16 de abril, de las aparcerías y de los arrendamientos rústicos históricos de Galicia: Memoria explicativa.– Texto de la proposición de reforma de la Ley 3/1993.– III. El contrato de vitalicio.

II.– ACTAS DE LAS SESIONES Y CONCLUSIONES:

I
PONENCIA

PONENTES:

JOSÉ MANUEL LIAÑO FLORES
FERNANDO LORENZO MERINO
SANTIAGO NOGUEIRA ROMERO
VÍCTOR PEÓN RAMA

I. ARRENDAMIENTO RÚSTICO ORDINARIO EN EL DERECHO CIVIL GALLEGO:

Frente al sistema estatal de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, que se caracteriza por un fuerte intervencionismo y una reducción sustancial del principio de la autonomía de la voluntad, la normativa gallega se ha construido en la Ley de Derecho civil de Galicia 4/1995, de 25 de mayo, asumiendo los principios del Derecho dispositivo y voluntario y dejando que sea el libre acuerdo entre las partes el que regle los distintos aspectos del arrendamiento rústico. Tal sistema es perceptible al fijar la Ley gallega las fuentes y carácter de las normas, al determinar el tipo de cultivo en el referido contrato, en la cuestión de la renta y su pago, en el de la forma del contrato, muy sustancialmente al abordar el tema de la duración del mismo y de sus prórrogas, o en la siempre conflictiva materia de las reparaciones y mejoras a efectuar en la finca. Ello no significa, por otra parte, que el legislador no quiera respetar la voluntad declarada o la estabilidad del contrato, según se manifiesta, entre otros, en los casos de transmisión *inter vivos* de la titularidad dominical o en el supuesto de muerte o invalidez del colono. Lo que hace pensar que aquel legislador ha considerado el negocio arrendaticio como un contrato para la empresa en que la actividad agraria merece una particular protección.

Asunto primordial en el referido negocio arrendaticio son las fuentes del

mismo. El pacto, las normas de la ley y los usos y costumbres son las previstas por la normativa gallega. La cuestión surge, sin embargo, cuando tales normas o fuentes propias se agotan. Según el artículo 3.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia será de aplicación la legislación civil del Estado en concepto de supletoria. Por razón de la materia podría parecer que lo es la legislación especial al haber quedado derogados los preceptos del Código civil en cuanto se opusieran a los de la Ley de arrendamientos rústicos –disposición derogatoria segunda de la Ley de arrendamientos rústicos de 1935–. No obstante, el mencionado artículo 3.1 de la norma gallega establece la preferente condición del Código civil para las materias que regula sin distinción entre ellas. Aplicar la Ley de arrendamientos rústicos de 1980 como supletoria de la Ley de Derecho civil de Galicia ataca frontalmente el mandato del referido artículo 3 de la misma, mandato que, a su vez, condiciona, en cualquier caso, la aplicación supletoria de las normas estatales a que esas normas *"no se opongan a los principios del ordenamiento jurídico gallego"*. Uno de esos principios es el de la autonomía de la voluntad en el pacto, entroncado históricamente con la idea foral de la libertad civil. Principio de libertad que encaja perfectamente con el operante en materia arrendaticia en el Código civil. Parece, por ello, oportuno que en la futura normativa arrendaticia de la Ley gallega se incluya expresamente, en el precepto de fuentes, al Código civil como norma supletoria de preferente aplicación. Con lo que, por otra parte, se mantendría un criterio armónico con lo fijado en materia de fuentes por la Ley 3/1993, de 16 de abril, de las aparcerías y de los arrendamientos rústicos históricos de Galicia, que atribuye (adicional 2.ª) al Código civil el primer grado en la supletoriedad.

En orden a la capacidad, no se exige en la norma de Galicia requisito alguno para ser arrendador o arrendatario, lo que plantea si es suficiente para ello la capacidad para contratar establecida en el Código civil –que fue el criterio de la Ley de arrendamientos rústicos de 1935– o se precisa la capacidad para enajenar y la condición de profesional de la agricultura que la vigente Ley de arrendamientos rústicos exige para ser, respectivamente, arrendador y arrendatario.

Hay que tener presente, de nuevo, que la supletoriedad aplicable en el Derecho civil gallego es la representada por el Código civil. Debe considerarse que en esta materia no se hace referencia alguna a la condición de profesional de la agricultura, dado que la mención del artículo 49 de la Ley lo es a profesionales por realización personal o cultivadores personales y para un supuesto tan excepcional como el del acceso a la propiedad. Se trata, además, de un requisito –el de profesional de la agricultura– que implica una restricción a la libertad de contratar y, por tanto, a la autonomía de la voluntad, lo que le hace incompatible con los principios que rigen el ordenamiento gallego y, por su naturaleza limitativa de derechos, de imposible aplicación analógica. Por otra parte, la falta de profesionalidad supone en la actual Ley de arrendamientos rústicos la resolución del contrato –artículo 76.1–, supuesto que la Ley de Derecho civil de Galicia no recoge en absoluto al contemplar las causas resolutorias que, de forma taxativa, relaciona en el artículo 47. En definitiva, se evidencia como suficiente para el otorgamiento del contrato arrendaticio, tanto en calidad de arrendador que de arrendatario, la capacidad general para contratar que el Código civil establece, lo que, ciertamente, nos remite para su fijación a las normas de los artículos 1.263 y 1.264 de ese texto

legal.

Lo anteriormente expresado, sin embargo, no se contradice con la utilidad o conveniencia de que el arrendatario sea efectivamente un agricultor profesional y, como tal, se beneficie de las ayudas y mejoras que la legislación vigente le depara, como es el caso de las señaladas por la Orden de la Consellería de Agricultura, Ganadería y Política Agroalimentaria, de 24 de abril de 1998, sobre mejoras estructurales y modernización de las explotaciones agrarias.

Respecto a la finca, objeto del contrato, debe ser, en todo caso, susceptible de un aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal para la calificación de aquél como arrendamiento. Respecto a la determinación del tipo de cultivo, debe sostenerse el sistema de libre pacto y, en su defecto, que sea el arrendatario el que lo determine, sin perjuicio, de devolver la finca al final del contrato en el estado en que la recibió. Criterio que se acopla con el general del artículo 1.561 del Código civil.

En materia de renta, y de acuerdo con el principio de libre determinación de su cuantía, debe quedar en manos de los contratantes la presencia de cláusulas de actualización, descartando, con ello, la posibilidad de incorporar tales cláusulas por la vía judicial –según defiende la Ley de arrendamientos rústicos estatal–, y el sistema de reducción o exoneración de rentas que ésta permite. En tales cuestiones, primera regla supletoria es la referente a la rebaja de renta establecida en los artículos 1.575 y 1.576 del Código civil. Así mismo, según la Ley de Derecho civil de Galicia la renta puede consistir en la mejora de la finca arrendada. Es del mayor interés que se fomente y recoja detalladamente la modalidad de arrendamiento *ad meliorandum* y, como especialidad del mismo, al arrendamiento *ad aedificandum*. Obras que, por lo general, quedarán en poder del arrendador al terminar el contrato. Cabe resaltar que el requisito de la certeza, típico de la renta en la locación, no aparece como determinante en estos arrendamientos, al encontrarse integrado ese precio tanto por el que específicamente se hubiese pactado como por el valor de las mejoras.

En lo referente a la duración del contrato, y dentro del principio de libertad de contratación, parece oportuno el mantenimiento del actual sistema de pactos, prórrogas y reconducciones, con la determinación de un periodo supletorio en el arrendamiento para el único caso de ausencia de convenio entre los contratantes. Esta norma liberalizadora del arrendamiento rústico no significa un abandono de la concepción del contrato como contrato para la empresa. El fin perseguido por el legislador ha sido posibilitar la existencia de este contrato dotando de movilidad al mercado de tierras; del mismo modo, que sea considerado el colono como empresario en su actividad agraria. Así lo indican –en los artículos 39 y 40 de la norma gallega– la permanencia en el contrato en caso de enajenación de la finca, la continuación en el mismo de los familiares colaboradores en la explotación, los propios plazos que la Ley establece de forma supletoria o para la prórroga tácita y, sobre todo, la imposición de un período mínimo de vigencia contractual cuando se tratare de explotaciones agrícolas o lugares acasarados. El régimen de consentimientos debe mediar, así mismo, para los posibles subarriendos y cesiones de contrato que se pueda plantear.

En la importante cuestión de las obras y reparaciones a efectuar en la finca, se

ha demostrado como necesaria la reforma de la clasificación del actual artículo 42 de la Ley, que distingue, con una idea próxima a los artículos 500 y 501 del Código civil, entre reparaciones necesarias, ordinarias y extraordinarias, debiendo mantenerse exclusivamente la distinción entre reparaciones necesarias para mantener la finca en estado de servir para el aprovechamiento a que fue destinada, y aquellas otras reparaciones que exija el desgaste por el uso ordinario de la misma, con una normativa al respecto de naturaleza dispositiva pero excepcionando respecto a las de carácter urgente, es decir, respecto a aquellas que se encaminen a evitar daño inminente o incomodidad grave, en las que debe ser facultad privativa del arrendatario efectuarlas con el correspondiente derecho al reintegro.

A propósito de las mejoras, la Ley gallega menciona exclusivamente las útiles, es decir, las que producen aumento en la producción, rentabilidad o valor agrario de la finca. La posibilidad de su ejecución por cualquiera de las partes debe precisar, en todo caso, la anuencia –expresa o tácita– de la otra. Régimen que distancia la norma gallega del sistema impositivo de los artículos 58 y 60 de la Ley de arrendamientos rústicos. Sí resultará oportuno modificar el contenido del apartado segundo del artículo 43 de la Ley de Galicia, dada la ambigüedad de su redacción en lo concerniente a las mejoras introducidas por el arrendatario. En esta materia habrá que estar a lo convenido en el correspondiente pacto y, en defecto del mismo, reconocer una opción según la cual, y de acuerdo con una idea de justicia distributiva, el arrendatario pueda retirar tales mejoras o bien percibir su valor actual.

La extinción del contrato se recoge en la vigente norma contemplando los supuestos tradicionales del transcurso del plazo, pérdida o expropiación de la finca arrendada y muerte o imposibilidad del arrendatario. Resultaría de mayor interés que el primer supuesto de extinción contemplara también el final del periodo de tácita reconducción en que el contrato pudiera encontrarse. Para los casos de muerte o incapacidad física del colono parece necesario priorizar con una mayor idea de justicia entre las personas llamadas a la subrogación, de tal modo que sea el cónyuge sobreviviente no separado legalmente o de hecho el que tenga en primer lugar el referido derecho, en su defecto lo sería el familiar que conviviese con el arrendatario y lo auxiliase en la explotación de la finca arrendada. De ser varios los familiares colaboradores, habría que atenerse, en primer lugar, a la designación que el propio arrendatario haya podido efectuar. En orden a los supuestos de resolución del contrato, que se enumeran con buen criterio en el artículo 47 de la Ley de Derecho civil de Galicia, merece, sin embargo, una corrección para el caso de que se efectúe dicha resolución a instancia del propietario, determinando expresamente que tal causa procede cuando se extinga el derecho que el arrendador tenía sobre la finca, con eliminación de la referencia a un hipotético arrendador no propietario.

El respeto a la voluntad declarada de las partes y a la idea de conservación del contrato debe evitar que, en caso de enajenación de la finca, se pueda resolver el contrato en aplicación del artículo 1.571 del Código civil, preservándose, de este modo, la idea del artículo 48 de la Ley gallega en que se obliga al adquirente a la correspondiente subrogación en todas las obligaciones del arrendador.

El acceso a la propiedad por el arrendatario ha quedado tradicionalmente reflejado en los derechos de tanteo y de retracto para el supuesto de transmisión de la

finca a título oneroso. En tal sentido lo asumió en su día la Ley gallega y, como tal, parece necesario su mantenimiento. No obstante, resulta conveniente que dicho arrendatario no sólo sea para este caso cultivador personal sino que tal condición la haya tenido de forma ininterrumpida en los años anteriores al ejercicio del derecho (por ejemplo 5 ó 6 años), para evitar que un supuesto tan excepcional como el del acceso al dominio se pueda efectuar sin acreditar una verdadera estabilidad en el cultivo personal. Estos derechos, por tal razón, no parece oportuno que deban reconocerse en casos de permuta de fincas o de arrendamientos secundarios o de temporada.

El arrendamiento de lugar acasarado, como forma típica e histórica del arrendamiento en Galicia, merece una regulación específica frente al ordinario al modo en que lo efectúa la Ley de Derecho civil de Galicia en la sección segunda del capítulo arrendaticio. El concepto del lugar acasarado entendemos debe mantenerse sobre la idea primordial de la unidad orgánica de explotación agrícola, pecuaria o forestal, si bien simplificando el contenido del actual artículo 50 de la Ley y la enumeración de elementos. De igual modo, y para este arrendamiento resultaría del mayor interés la determinación de la normativa a aplicar en lo no previsto en la sección que lo regula.

Dos preceptos de la vigente Ley, los artículos 55 y 56, el primero configurador de un semi arrendamiento histórico o venta forzosa con precio de mercado, y el segundo atinente a explotaciones ganaderas o aprovechamientos forestales, no deberían figurar en una futura reglamentación del arrendamiento del lugar acasarado, por no haber demostrado tales normas ninguna trascendencia práctica y por parecer que la sede para ambos supuestos, de querer mantenerse –justificable exclusivamente para aquellas explotaciones ganaderas o forestales–, sería una legislación autonómica específica.

La duración del arrendamiento del lugar o *casal* debe atenerse a un periodo mínimo, a fin de que genere una rentabilidad económica y social. Por ello, que la vigencia mínima de cinco años prevista en el actual texto como obligatoria para el arrendador merece mantenerse sin perjuicio de arbitrar la oportuna posibilidad de renuncia o desistimiento por parte del arrendatario, previamente notificada y sin obligación alguna de indemnizar.

El régimen de los artículos 52 y 53 de la Ley en lo que se refiere a la idea de indivisibilidad resulta confuso para el jurista, por lo que debe primar en una futura redacción la idea de mantener la integridad del contrato durante todo el tiempo pactado pese a la enajenación del lugar acasarado o de las fincas o elementos que lo formen. De ocasionarse tales transmisiones se sucedería la obligada subrogación del adquirente en las obligaciones del arrendador. Tampoco debe afectar al contrato la partición hereditaria del lugar.

El acceso a la propiedad del lugar acasarado, para los casos de transmisión onerosa del mismo, de alguna de las fincas que lo integran o de porción determinada de las mismas, se debe canalizar, al igual que reconoce el vigente texto, a través de los derechos de tanteo y de retracto del arrendatario. De igual modo, y por la misma razón que en el arrendamiento ordinario, este arrendatario será un cultivador a título

personal con el suficiente tiempo en tal condición y con una obligación añadida de permanencia en la explotación que legitime social y económicamente la pérdida del derecho del adquirente.

II. PROPOSICIÓN DE REFORMA DE LA LEY 3/1993, DE 16 DE ABRIL, DE LAS APARCERÍAS Y DE LOS ARRENDAMIENTOS RÚSTICOS HISTÓRICOS DE GALICIA:

MEMORIA EXPLICATIVA:

1. Lo que entonces parecía tan lejano, está ya a la vuelta de la esquina. Apenas faltan tres años para que concluya el generoso plazo que el legislador gallego concedió en 1993 para que se fuesen liquidando sin traumas las relaciones arrendaticias y de aparcería de carácter histórico (es decir, inmemoriales o anteriores al 1 de agosto de 1942). Entonces, el año 2005 parecía un futuro remoto, pero ahora ya casi forma parte del presente. Ello significa que de nuevo es preciso volver a pensar sobre la suerte de estas relaciones jurídicas de explotación de la tierra, que se han resistido a soluciones pacíficas y que reclaman una vez más, por su antigüedad y peculiar naturaleza, un trato de *favor legis* o privilegio consistente en el encadenamiento de sucesivas prórrogas legales imperativas que han ido posponiendo la solución del problema y agravando, si cabe, la excepcionalidad de tales figuras. Porque, en efecto, si en 1993 parecía injusto o inapropiado al conflicto de intereses propio de tales relaciones, permitir la extinción de las mismas sin más derechos para el explotador de la tierra que la indemnización por mejoras, también ahora puede seguir pareciéndolo, habida cuenta que son todavía bastantes, en proporción a su número inicial, los arrendatarios y aparceros históricos que no han ejercitado –todavía– el derecho de acceso a la propiedad, y también ahora se plantea el problema de cómo evitar que familias que viven de la explotación de tierras que, siendo jurídicamente propiedad de terceros, y consideran como "propias" por haberlas venido explotando durante tantísimo tiempo sin más carga que el pago de una renta o canon de participación, tengan que abandonarlas ahora, sin más.

2. Pero es preciso, desde luego, evitar la tentación de incurrir en el error de proponer *una nueva prórroga legal* para de nuevo dilatar la solución del problema. La prórroga concedida por nuestra Ley 3/1993 se configuró claramente como "última prórroga". La generosidad de su plazo sólo podía interpretarse como una opción del legislador de permitir que a lo largo de tanto tiempo tales arrendamientos o aparcerías quedasen definitiva y racionalmente liquidados, bien mediante un facilitado acceso a la propiedad por precio inferior al de mercado y subvencionado (arts. 6 y 7), bien por el mero transcurso del plazo, en el que el arrendatario o aparcero que no quisieran acceder a la propiedad simplemente abandonasen la explotación de las tierras a cambio de otros modos de vida que en tan dilatado periodo podrían haber elegido, con la excepción de los que alcanzasen la edad de sesenta años (a quienes no se quería obligar a que cambiasen de *modus vivendi*) y de los que habitasen en la casa de labranza y que careciesen de otra vivienda (a quienes no se quería obligar a buscar nueva residencia). El plazo límite de estos derechos tenía, pues, el carácter de *ultimátum*, y no debe una nueva intervención legislativa

volver a posponer el momento de la liquidación de estas figuras anómalas. Se descarta, pues, modificar el artículo 5 y el artículo 9 de la Ley 3/1993, que han de quedar con la misma redacción inicial que recibieron.

3. Sí existen razones, en cambio, a juicio de quien suscribe, para proponer la modificación de determinados aspectos de la Ley 3/1993 en orden a propiciar una liquidación más equilibrada, razonable, y ajustada a los verdaderos intereses en presencia, de los arrendamientos y aparcerías históricas.

Dos son los aspectos que merecen ser revisados para corregir lo que pueden considerarse deficiencias de la Ley 3/1993:

a. En primer lugar, una más precisa clarificación de las condiciones de ejercicio del derecho de acceso a la propiedad (siempre antes del 31 de diciembre de 2005), con la finalidad de evitar que algunos arrendatarios o aparceros históricos no ejerciten su derecho por obstáculos de tipo puramente jurídico, es decir, por la incertidumbre sobre el éxito o fracaso de un pleito largo y costoso, habida cuenta de las dudas interpretativas y probatorias que puede suscitar el propietario de las fincas que se oponga a dicho derecho de acceso. Ello dará lugar a una reforma del artículo 6 de la Ley 3/1993.

b. En segundo lugar, la introducción de una compensación económica de carácter automático al arrendatario o aparcero histórico que, no pudiendo o no queriendo ejercitar su derecho de acceso a la propiedad antes del 31 de diciembre de 2005, y teniendo la condición de *cultivador personal* de las fincas arrendadas o dadas en aparcería, se vea compelido por el propietario a abandonarlas. Se trata de la introducción de una medida similar a la contenida en el artículo 4 de la Ley estatal de arrendamientos rústicos históricos 1/1992, de 10 de febrero, cuya efectividad y efectos razonables ha quedado ya acreditada en otras Comunidades Autónomas, y que en definitiva viene a suponer el reconocimiento de que en el actual valor de las fincas han contribuido no sólo las eventuales mejoras introducidas por el arrendatario o aparcero (cuya indemnización se producirá conforme a las reglas generales), sino por el hecho de su constante cultivo por el mismo y sus antepasados, permitiendo así que el arrendatario o aparcero histórico patrimonialice su derecho histórico en un porcentaje sobre el valor de la finca. Dicho de otro modo, mediante la introducción de esta compensación económica se asegura al arrendatario o aparcero histórico que vinieran siendo cultivadores personales, o bien una "rebaja" en el precio de adquisición, o, si no quiere o no puede ejercitar tal derecho, una indemnización fijada en función de un porcentaje sobre el valor de las fincas que ha cultivado tanto tiempo y ahora debe abandonar. Esta compensación económica por abandono, debería, en opinión del proponente que suscribe, extenderse a los supuestos de rescate de las fincas antes de 2006 por parte de los propietarios, contemplado en el artículo 8, y a los supuestos de expropiación forzosa. Ello dará lugar a una reforma de dicho artículo 8, en su integridad.

4. Por lo que se refiere a las condiciones de ejercicio del derecho de acceso a la propiedad, tres son los aspectos que han de precisarse:

a. Uno, la facilitación de la a veces imposible prueba de la antigüedad del arrendamiento o de la aparcería, particularmente en los casos en que no exista constancia ni acuerdo sobre la fecha inicial de la relación. Para ello se sugiere la introducción de una presunción legal de carácter *iuris tantum*, que en la práctica supone la inversión de la carga de la prueba en supuestos en los que se considera que el propietario está en mejores condiciones de probar un inicio de la relación posterior a agosto de 1942, que el arrendatario o aparcero de acreditar un inicio anterior a dicha fecha. Esto se propone en sintonía con la proposición de Ley del Grupo Popular presentada en el Congreso de los Diputados de fecha 21 de noviembre de 1996, de modificación de la Ley 1/1992, de 10 de febrero, que no llegó sin embargo a ser tomada en consideración por el Congreso.

b. Dos, la clarificación de si es exigible para el derecho de acceso, acreditar o no la condición de *cultivador personal* de las fincas arrendadas o dadas en aparcerías. Aunque la Ley 3/1993 no exige dicha condición para que el arrendamiento o la aparcería tengan la consideración de *históricos*, el que suscribe ha entendido siempre que dicha omisión quedaba justificada sólo a los efectos de la prórroga legal, pero no a los efectos del derecho de acceso a la propiedad. Dicho de otro modo, que los arrendamientos o aparcerías cuya antigüedad fuese objetivamente la requerida por la Ley, se verían prorrogados automáticamente hasta el 31 de diciembre de 2005, fuera o no cultivador personal el arrendatario o aparcero; en cambio, para gozar del privilegio del derecho de acceso a la propiedad por precio inferior al de mercado, sí ha de exigirse la condición de cultivador personal, como lo demuestra el hecho de que en caso de ejercicio de dicho derecho el artículo 6.3 exige que, entonces, *"el arrendatario o aparcero tendrá la obligación de cultivar personal y directamente las fincas adquiridas durante seis años como mínimo"*, lo que evidencia, sin duda, que es esa condición de "cultivo personal" la que justifica ese derecho de acceso.

c. Se propone, en definitiva, introducir esta condición de forma expresa, si bien precisando la noción de "cultivador personal" de una manera clara, para evitar las enormes oscilaciones y cambios jurisprudenciales sobre la interpretación de tal concepto, optando por una concepción generosa de tal condición, de acuerdo con la mayoría de los autores que se han ocupado del tema, y en línea con la mejor jurisprudencia seguida (sentencias del Tribunal Supremo de 3 de julio de 1992, 28 de mayo de 1993, 13 de diciembre de 1993, 23 de enero de 1997, 29 de enero de 1997, 21 de febrero de 1997, 26 de septiembre de 1997, 29 de junio de 1998, 13 de octubre de 1998, etc.), que no exigen "dedicación exclusiva" sino simplemente dedicación "apropiada y suficiente" según las características de las fincas llevadas y el tipo de cultivo.

5. Por lo que se refiere a la compensación por abandono, se adoptará, en

líneas generales, la redacción del artículo 4 de la Ley estatal 1/1992, de 10 de diciembre, si bien precisando el régimen jurídico de la relación a partir del momento en que, por expiración del plazo legal (31 de diciembre de 2005), la relación continúe, porque el arrendatario/aparcero no ha ejercitado su derecho de acceso a la propiedad, ni el propietario ha ejercitado su derecho a exigir el abandono de las fincas, mediante el pago de la indemnización fijada. Igualmente, se especifica que dicha compensación es independiente de la que corresponda por razón de las mejoras, conforme al régimen general del arrendamiento o aparcería fijado en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia.

TEXTO DE LA PROPOSICIÓN DE REFORMA DE LA LEY 3/1993

I. – El artículo 6 quedaría redactado como sigue:

"*1. Hasta el cumplimiento de la fecha indicada en el artículo anterior, el arrendatario o aparcero histórico* que venga cultivando personalmente las fincas en los términos del apartado cuarto de este artículo, *podrá ejercitar el derecho de acceso a la propiedad de las fincas llevadas en arriendo o aparcería, incluida la vivienda si fuese el caso, pagando al propietario un precio que será la cantidad resultante de la media aritmética entre la valoración catastral y el valor en venta actual de tierras análogas por su clase y situación en el mismo término municipal o comarca.*

2. (Igual que en la redacción original).

3. A efectos del ejercicio del derecho de acceso a la propiedad, la condición del arrendamiento rústico histórico podrá acreditarse por cualquiera de los medios admitidos en Derecho. Se presumirá que el actual cultivador personal es arrendatario rústico histórico en las siguientes circunstancias:

a. Cuando conste que en una determinada zona o comarca existan tierras que han venido siendo explotadas durante varias generaciones, unidas por razón de parentesco, en régimen de arrendamiento;

b. Cuando el propietario no acredite una fecha cierta de inicio de la relación arrendaticia posterior al 1 de agosto de 1942; y

c. Cuando el arrendatario o aparcero pruebe o logre aportar indicios razonables de que la relación arrendaticia tiene una antigüedad mayor que la que conste en el contrato más antiguo que se haya aportado por ambas partes, o que la fecha de inicio señalada por el propietario.

En todos estos casos, la presunción podrá destruirse por el propietario si prueba, también por cualquier medio, alguna de las siguientes circunstancias:

a. Que él o sus antecesores en la propiedad de la finca la explotaron por sí mismos con posterioridad al 1 de agosto de 1942, o

b. Que con posterioridad a dicha fecha las fincas fueron arrendadas a terceras personas que ningún parentesco tienen con el actual arrendatario.

4. Tendrán la consideración de cultivador personal quienes reúnan los requisitos expresados en el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos. No es incompatible con la condición de cultivador personal, a los efectos del ejercicio del derecho de acceso a la propiedad, cualquiera de las siguientes circunstancias:

a. Ser jubilado o pensionista de la Seguridad Social, si se prueba que el arrendatario sigue al frente de la explotación de la finca;

b. Recibir la colaboración de familiares en la explotación de la finca; y

c. La realización por el arrendatario de cualquier otro tipo de actividad, por cuenta propia o ajena, siempre que se acredite una dedicación personal apropiada y suficiente según las características de las fincas y el tipo de cultivo o explotación.

5. Ejercitado el derecho de acceso a la propiedad regulado en el apartado primero de este artículo, el arrendatario o aparcero tendrá la obligación de seguir cultivando personalmente las fincas adquiridas durante seis años como mínimo. Si incumpliese tal obligación, el anterior propietario podrá resolver la transmisión abonando el precio de la misma".

II.– El artículo 8 quedará redactado como sigue:

"1. El propietario tendrá derecho al rescate de la aparcería o del arrendamiento histórico cuando justifique su necesidad como único medio de subsistencia y se comprometa a llevar la explotación personal y directa de las tierras. Logrado el cultivo de las tierras rescatadas por el propietario, éste deberá practicarlo de modo personal y directo al menos durante los seis primeros años. El incumplimiento de este requisito dará lugar a la anulación de la situación creada y a la reposición del anterior cultivador.

2. Cuando el arrendatario o aparcero histórico que venga cultivando personalmente las fincas en los términos del apartado 4 del artículo 6 haya de dejar libres y a disposición del propietario arrendador las fincas arrendadas o dadas en aparcería bien por el ejercicio del derecho de rescate, bien por expiración de la prórroga establecida en el apartado primero del artículo 5 o del plazo en que se prolongue la relación contractual por tácita reconducción o prórroga convencional, o bien por expropiación forzosa, tendrá derecho a una compensación por la quinta parte del valor de dichas fincas. Dicho valor se determinará conforme a lo establecido en los apartados 1 y 2 del artículo 6, salvo en el caso de expropiación, que lo será el justiprecio fijado en la misma. El cobro de esta compensación no obsta a la indemnización de las mejoras realizadas por el arrendatario conforme al régimen general establecido en el artículo 43 de la Ley 4/1995, de Derecho civil de Galicia.

3. En caso de rescate por el propietario o de expiración de la relación contractual, el arrendatario o aparcero podrá continuar en la explotación de las fincas hasta la total percepción o consignación judicial de la cantidad que le corresponda conforme a lo establecido en el apartado anterior. Durante ese periodo serán de aplicación las normas generales para el arrendamiento rústico o la

aparcería contenidas en la Ley 4/1995 de Derecho civil de Galicia. El aparcero deberá seguir pagando el canon de participación pactado, y el arrendatario abonando la renta pactada con la actualización que corresponda y aplicará a la compensación de lo que se le adeude la diferencia hasta la renta que sería usual en la comarca para casa y fincas análogas".

III. EL CONTRATO DE VITALICIO:

Resulta prácticamente innecesario recordar que si, en algún punto, está justificado aludir al carácter innovador de la Ley de Derecho civil de Galicia, es precisamente en el relativo al contrato de vitalicio. La Ley 4/1995 supone el primer reflejo legislativo de una figura que, pese a tener un consolidado reconocimiento jurisprudencial y una notable salud práctica, que permitía hablar de una efectiva "tipicidad social", no tenía (ni tiene) refrendo normativo en ninguno de los restantes Derechos civiles españoles[1].

Esta originalidad, no obsta para que el texto legislativo constituya fundamentalmente una transposición al Derecho positivo de la doctrina configurada por vía consuetudinaria y consolidada por vía jurisprudencial[2] (hecho que lejos de ser criticable constituye la gran virtud de la labor positivizadora)[3], completada con aquellas aportaciones que el legislador consideró que incrementaban la delimitación de los contornos y la utilidad de la figura.

Pasados los años y "vividos" los preceptos legislativos, llega el momento de su revisión y de proponer aquellas mejoras que faciliten el perfecto funcionamiento de la institución, y, todo ello, amparados en el asentamiento logrado con su vigencia e impulsados en las necesidades observadas en la práctica[4].

---

[1] Lo más próximo desde una perspectiva funcional, pero con importantes diferencias en su configuración, es la figura de la Acogida de Personas Mayores de la Ley 22/2000, de 29 de diciembre, del Parlamento de Cataluña. Es más, incluso en el campo del Derecho comparado a nivel internacional, se hace necesario buscar figuras meramente próximas al vitalicio. Caso del "entretien viager" suizo, el "altenheil" alemán, el "bail à nourriture" francés o el "vitalizio alimentare" o "contrato di mantenimiento" italiano, que presentan como nota común la idea de la prestación alimenticia o de manutención integral.

[2] Con arranque en la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1965, continuada por otras muchas (SSTS de 12 de noviembre de 1973, 6 de mayo de 1980, 13 de julio de 1985, 3 de noviembre de 1988, etc.); y completada también con las Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado como la de 16 de diciembre de 1989.

[3] Es más, este continuismo con la "realidad histórica del vitalicio en Galicia con un perfil singularmente definido y firme al ponerse al servicio de la conservación de la casa", recogiendo en su regulación la Ley de Derecho civil de Galicia la configuración consuetudinaria (STSJ de Galicia de 13 de marzo de 2002) es lo que justifica que el más alto tribunal gallego entre a conocer en casación en casos de negocios jurídicos celebrados antes de la entrada en vigor de la citada Ley.

[4] Ni que decir tiene que no pretendemos con el presente trabajo efectuar un estudio global de la institución, pues, abstracción hecha de nuestras propias limitaciones, resulta evidente que no es ésta la sede adecuada para tal fin. Nos limitaremos a intentar reflexionar sobre aquellos puntos que en la práctica han venido resultando más conflictivos o, al menos, más necesitados de aclaración o desarrollo legislativo.

Desde esta óptica, podemos, quizá, intentar diferenciar aquellos aspectos sí contemplados legislativamente, y los que se encuentran vírgenes de toda plasmación en la norma.

En el primer campo y en primer lugar nos encontramos con el propio concepto de vitalicio facilitado por el actual artículo 95 de la Ley. Este precepto, con razón, siempre ha merecido una calificación positiva; no sólo por ser una transcripción en lo esencial de la conocida sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1965, sino porque refleja la principal nota característica de este contrato, con, además, la flexibilidad que la misma exige. Nos referimos obviamente a la función asistencial sin la cual el contrato carece de sentido o se reorienta hacia otras figuras contractuales[5]. Precisamente la importancia de esta nota se pone de relieve porque de la misma se derivan los dos rasgos configuradores de la categoría contractual: la aleatoriedad y el carácter personalísimo de la prestación asistencial en su parte activa[6], rasgos sobre los que volveremos posteriormente.

Otro aspecto que debe resaltarse positivamente es la adopción de la solución mixta frente a las fórmulas abiertas y cerradas en la delimitación del contenido contractual, optando el legislador por primar el juego de la autonomía de la voluntad pero restringiéndolo con la existencia de un contenido mínimo –imperativo– delimitativo del tipo.

La consecuencia inmediata y evidente es la necesidad de precisar convencionalmente aspectos como la obligación de convivencia (más allá de la prestación de habitación), los gastos de funeral y entierro[7], la existencia de una prestación en metálico complementaria[8], o incluso cualquier modalización de las prestaciones mínimas.

Desde esta óptica, se podría plantear la necesidad de introducir una mayor precisión en la Ley a la hora de fijar el contenido mínimo legal en atención a aquellos casos en que se haya optado por no introducir pacto alguno[9]. No obstante, si

---

[5] Es importante destacar que la idea de asistencia no conlleva un presupuesto de situación de necesidad en el alimentista (nota diferencial con la obligación legal de alimentos); la esencia del contrato radica en que el cedente dispone de bienes con los que satisfacer sus necesidades y ha optado por celebrar este contrato para tal fin, con la modalización que la idea de incertidumbre sobre la cuantía de estas necesidades y sobre la duración de su vida introduce sobre lo que sería sino un puro contrato conmutativo.

[6] No siempre se destaca esta segunda nota, a diferencia de la unanimidad doctrinal respecto a la primera. Es más, existe una cierta tendencia a la identificación del carácter personalísimo con la parte pasiva de una obligación, lo que hace "huir" a algunos comentaristas de su utilización en este contrato al entenderla contradictoria con la transmisibilidad de la obligación (artículo 97); no obstante, limitado el carácter personalísimo a la parte activa como elemento esencial del contrato (accidental en la parte pasiva) adquieren sentido muchos aspectos de la estructura funcional del vitalicio, como intentaremos exponer en este trabajo.

[7] Para no tener que ir a la vía del artículo 1.894.2 del Código civil o, incluso, del artículo 1.258 del propio Código civil.

[8] Complementaria, o todo lo más como traducción pecuniaria de las atenciones calculadas sobre las necesidades concretas del alimentista; ya que de no ser así se deslizaría el vitalicio hacia la renta vitalicia.

[9] ¿Se comprenden en la Ley los gastos farmacéuticos?

se ha elegido por el legislador la que hemos calificado de fórmula mixta (es decir, la de sólo fijar un mínimo imperativo), entendemos que es la voluntad expresa de las partes mediante el concreto contenido contractual la que debe perfilar las prestaciones. Exigir una mayor delimitación en la Ley implicaría, con la disculpa de perfilar ese mínimo imperativo, pasar en realidad a la fórmula de enumeración exhaustiva que se ha querido evitar.

Adquiere así mucha más importancia de lo que en principio parece la delimitación convencional del contenido, pues con su correcta fijación no sólo se dota de seguridad jurídica a la relación contractual, sino que se incide en la propia calificación de la relación al repercutir en la nota de la aleatoriedad. Pensemos en el caso de la prestación médica o, incluso, farmacéutica. Resulta de extraordinaria importancia fijar si incluye la libre elección del alimentista respecto de hospital y/o médico, con inclusión expresa de la medicina privada aún teniendo acceso al sistema de la seguridad social. Es indiscutible que la proporcionalidad entre las prestaciones que tanto ha preocupado a la hora de deslindar la figura de las transmisiones a título gratuito, con la consiguiente apreciación de fraude o simulación, se debe valorar de forma muy diversa ante la expectativa de gastos en atención a la amplitud de las eventuales prestaciones pactadas, y ello aún cuando el alimentista tenga ya una edad muy avanzada o algún tipo de enfermedad.

Quizá sea esta especie de temor al fraude o la simulación lo que llevó al legislador a introducir el recordatorio de la doctrina más general de la prevalencia de la realidad subyacente sobre el *nomen iuris*. Sea o no este el motivo, estimamos que resulta del todo improcedente por innecesario (sin que un arrastre histórico lo justifique)[10] el mantenimiento de una norma concreta sobre este punto en sede de vitalicio[11], por lo que abogamos por la supresión de ese apartado 1.º del artículo 96 actual.

Siguiendo con los aspectos sí regulados actualmente y en concreto con el mismo orden expositivo de la Ley, nos encontramos con la exigencia de forma pública del artículo 96.2. Entendemos que tiene fundamento la discrepancia surgida a la hora de interpretar este precepto al verlo bien como un presupuesto de eficacia del contrato en la línea del 1.280 del Código civil, o bien, por esta misma razón, como un presupuesto de validez, pues de otra forma sería una mera reiteración (y, por tanto, innecesaria) del artículo 1.280 del Código civil.

Convencidos de que en los sistemas legales civiles gallego y español tiene mejor encaje una exigencia de forma en el campo de la eficacia que no de la validez, nos inclinamos por proponer que o bien se suprima la norma (lo que conlleva acudir al general artículo 1.280 del Código civil conjugado con el 1.279 del propio Código y toda la doctrina del Tribunal Supremo al respecto) o bien, precisamente por

[10] En más de una ocasión acudiremos al argumento del arrastre histórico (aceptándolo o negándolo), pues el origen doctrinal y jurisprudencial motiva que en muchas ocasiones la norma deba entrar a desvirtuar ciertas opiniones "típicas". Norma que de no existir esa especie de previa polémica doctrinal carecería de toda razón de ser.

[11] Es más, sería innecesaria incluso como norma de la "parte general" de la Ley.

haberse introducido la polémica con la actual redacción, indicar expresamente en el precepto legal que será necesaria escritura pública a los meros fines de producir efectos frente a terceros.

Por su parte, el artículo 97 bajo una aparente simplicidad introduce, sin embargo, no pocos problemas de interpretación y, especialmente, de determinación de la consecuencia jurídica derivada de los supuestos de hecho contemplados.

Se pueden diferenciar dos aspectos en dicho precepto. El primero se refiere a la dimensión temporal del contrato de vitalicio en sí, al girar sobre la prestación alimenticia y su duración. El segundo es una consecuencia motivada por la subsistencia de dicha obligación más allá de la vida del alimentante–cesionario, en unión a la reiterada función asistencial del contrato.

Precisamente esta finalidad asistencial determina que sea la vida del alimentista el parámetro de duración del contrato, es más, es algo tan obvio que no haría falta norma alguna que lo dijera, salvo con uno de dos motivos: o para admitir que pueda pactarse una duración inferior, o precisamente para prohibir, por vía de la fijación de ese término incierto *ex lege*, la posibilidad de pactar una duración distinta de la vida del cedente.

Resulta así que la verdadera aportación a la estructura del negocio por parte de esta norma se encuentra en la excepción que introduce al carácter vitalicio del contrato, o más bien en la plasmación positiva de la opinión doctrinal y jurisprudencial sobre el carácter de elemento natural de la nota de contrato vitalicio. Entiendo que es perfectamente defendible esta posibilidad frente a la tentación de opinar que con ello se vulnera la característica de la aleatoriedad, pues no sólo puede extinguirse el contrato por fallecimiento del alimentista antes del plazo (salvo si se llegase a admitir la transmisibilidad *mortis causa* a los sucesores del alimentista)[12], sino porque la aleatoriedad no depende sólo del tiempo sino también de la fluctuación de las necesidades del alimentista[13].

Ahora bien, no podemos olvidar otra nota característica del contrato como es su onerosidad[14], que, fuera de otras repercusiones[15], presenta en este punto un especial interés en la consideración de la pertinencia de la excepción que estamos

---

[12] Señalar que la función del contrato excluye esa posibilidad: la muerte del alimentista implica la extinción de la obligación de asistencia. Otra cosa sería que por pacto se construyese una estipulación en favor de tercero (el heredero) para tal caso, lo que no deja de ser una nueva obligación aunque derivada del mismo contrato.

[13] Lo dicho se produce en todo caso, pero especialmente si se ha pactado un contenido más amplio para la prestación, por encima del mínimo imperativo, pues lógicamente cuanto más amplio sea el espectro mayores son las posibles oscilaciones, pudiendo llegar a ser muy onerosas en un tiempo muy reducido.

[14] Indicar ya que la nota de la onerosidad la entendemos deudora de la aleatoriedad, esto es, que todo el problema de la delimitación frente a la donación onerosa se basa precisamente en la ausencia de aleatoriedad (real o subjetivamente apreciada), pues si se da ésta resulta imposible calificar el contrato de gratuito pues el riesgo supone un sacrificio patrimonial en sí. Adelantar un aspecto interesante: no puede nunca atenerse la calificación al examen *a posteriori* de los hechos sino a su valoración *a priori*.

[15] Conexión con legítimas, con el carácter de los bienes en el régimen de gananciales, etc.

examinando. Calificado el contrato de oneroso resulta inaplicable la norma del artículo 634 del Código civil, norma que tutela al disponente de un exceso de generosidad o de un inadecuado cálculo en la posibilidad de cobertura futura de sus propias necesidades. Nos encontramos así en el dilema no contemplado por el legislador actual (pues dudo que haya optado por una defensa extrema de la autonomía de la voluntad, más allá de los límites marcados por instituciones como la prodigalidad o la norma del 634 del Código civil), y que quizá debiera ahora abordarse, entre limitar las posibilidades dispositivas del cedente[16], con una norma igual a la existente en el campo de las donaciones, o excluir la posibilidad de pacto en contrario respecto a la duración vitalicia de la relación jurídica creada. Nos inclinamos por la segunda de las soluciones propuestas, no sólo por ser la más conveniente desde una perspectiva práctica para evitar las situaciones de desprotección a la vista de la escasa utilidad preventiva del artículo 634 del Código civil, sino también al ser la que, con una limitada restricción a la autonomía de la voluntad, mejor encaja con la función de total cobertura de necesidades[17] propia de este contrato.

En relación con el segundo aspecto tratado en este mismo artículo 97, la doctrina ha generalmente destacado la novedad que supone la introducción de la transmisibilidad pasiva de la obligación. Si lo pensamos bien la norma no sería tampoco ninguna novedad en sí, pues el artículo 1.257 del Código civil recoge la regla general en tal sentido; sólo supondría una verdadera aportación si se entendiese que la obligación no es transmisible por su carácter personalísimo, es decir, por su propia naturaleza[18], o si se trata de excluir el pacto en contra de tal transmisibilidad[19].

Es cierto que en más de una ocasión se ha aludido al carácter personalísimo de la prestación asistencial, y que especialmente el contenido afectivo de la prestación y, en su caso, la existencia de un pacto de convivencia, han llevado a considerar indiscutible que las características del deudor son especialmente relevantes en el establecimiento de la relación contractual. Ahora bien, si entendemos que esto es totalmente cierto, la consecuencia inmediata sería que la norma legal está imponiendo la transmisibilidad *mortis causa* de una obligación personalísima. Es cierto que la ley lo puede todo[20], pero la lógica jurídica más elemental sugiere que en el fondo de la norma late más bien el convencimiento del legislador de que la obligación no tiene carácter personalísimo, al menos en su parte pasiva.

---

[16] Para evitar que cediendo todo el patrimonio se produzca una situación de necesidad por transcurso del plazo de duración del contrato de vitalicio sin fallecer el cedente.

[17] Sean estas todas las necesidades o sólo algunas de ellas. Pero recordando ese mínimo imperativo fijado por la ley son cuando menos las necesidades existenciales básicas.

[18] Por hipótesis no es un caso de intransmisibilidad por ley (la norma no excepciona otra), y además tampoco en un caso de necesidad de pacto, pues la regla general es la transmisibilidad (art. 1.112 Cc) salvo pacto.

[19] No vamos a entrar en otras argumentaciones basadas en la diferenciación con el artículo 150 del Código civil en conexión con el artículo 153 del propio Código, puesto que entendemos que la diferencia con lo que es una obligación *ex lege* con presupuestos netamente diferenciados se encuentra plenamente asentada, sin perjuicio de tener que volver a ello quizá en un momento posterior.

[20] Y ahora ya sin que se pueda decir eso de "excepto convertir a un hombre en mujer".

Pero es que además, si lo pensamos más reflexivamente, esa transmisibilidad de la obligación es lo que se deriva de la esencia asistencial del contrato. Si la obligación de asistencia no fuese transmisible sólo cabría entender que por el fallecimiento del obligado se extingue la obligación, lo que conllevaría o bien considerar liberados a los herederos del cesionario consolidando además la adquisición de lo cedido, lo que supondría a su vez que el cedente se quedaría sin bienes y sin cuidados, lo que es totalmente inadmisible; o bien considerarlo asimilable a un incumplimiento contractual con la posibilidad de resolución por el cedente, quien quedaría sin cuidados pero al menos recuperaría los bienes, solución que tampoco convence pues, fuera de la necesidad de prever de forma justa y equilibrada las consecuencias adyacentes de la resolución (consolidación de frutos, indemnizaciones por mejoras, etc.), crearía una incertidumbre que no sólo introduciría un nuevo elemento de aleatoriedad sino que repercutiría en una desprotección por pérdida de cuidadores en la persona del cedente.

Ahora bien de todo lo dicho hasta ahora, se pueden extraer importantes consecuencias.

En primer lugar, resulta imprescindible mantener la norma en lo referente a la transmisibilidad pasiva, nuevamente por un motivo de arrastre histórico y frente a las negativas consecuencias que se derivarían de un carácter esencial o naturalmente personalísimo de la posición de deudor.

En segundo lugar, es importante plantear la admisibilidad del pacto en contrario, en conexión con el carácter imperativo o no del precepto[21]. Sin entrar en otros argumentos estructurales, entendemos que la obvia necesidad de evitar dudas sobre la posibilidad de esa transmisión como principal causa de la introducción de la norma, unida al reconocimiento en el propio precepto de la posibilidad de una duración del contrato inferior a la vida del alimentista (lo que permite por tanto convenir su extinción por el término incierto de la muerte del cesionario) son motivos suficientes para estimar la transmisibilidad como elemento natural del contrato en la regulación actual.

La pregunta es entonces si debe mantenerse esa posibilidad cara al futuro. El razonamiento antes utilizado sobre la conexión entre el pacto en contrario en sede de duración y en sede de transmisibilidad, nos inclina por defender, con los mismos argumentos ya señalados, la necesidad de excluir también en este caso la posibilidad de dicho pacto. Debemos llamar la atención que esto no impide dar relevancia a la valoración de las circunstancias de los obligados, lo que sucede es que entendemos que no es el pacto de intransmisibilidad la vía oportuna para su tratamiento, sino que resulta más adecuado contemplar esta circunstancia en sede de causas de resolución o, más exactamente, de desistimiento por el cedente o por los nuevos obligados, con las consecuencias legales o pactadas para tal caso en general o, incluso, en concreto. Con ello no se ve afectada la finalidad asistencial, que queda cubierta con la

[21] Es de destacar que la redacción del artículo 97 introduce la posibilidad de pacto en contra en relación con la duración vitalicia, aspecto que ya hemos criticado, y, sin embargo, no dice nada respecto a la excepción contractual a la transmisibilidad *mortis causa*.

necesaria continuación por el heredero que ocupa el *locus defuncti,* ni se ven impelidos los contratantes a mantener una situación de relación no sólo contractual sino por esencia interpersonal. En conclusión, si las partes desean darle un carácter digamos "personal" (que no ya "personalísimo") a la relación contractual les queda abierta la posibilidad de pactar ese desistimiento. Solución que podemos también indicar sea quizá la mejor en todo caso de "personalización" del vínculo, como por ejemplo si se pacta la obligación de convivencia[22].

En tercer lugar, defendida la transmisibilidad *post mortem* de la obligación como elemento esencial, adquiere especial relieve la determinación de las personas que deban asumir la posición de deudor. Además al ser una transmisibilidad impuesta por la ley (que defendemos tenga en una posterior modificación un claro carácter imperativo) exige que sea la propia ley la que determine a quién deba efectuarse esta transmisión. Actualmente la Ley habla de herederos o legatarios. La interpretación de esta parte del precepto vuelve a resultar nuevamente conflictiva, pues puede tener claramente varias lecturas. Así, en una primera aproximación, puede entenderse que se trata de asimilar la obligación a un gravamen real del bien cedido o de configurarla como una obligación *propter rem*, o estimarse que se trata de fijar por ley un gravamen que afecte a los legatarios[23] y no sólo a los herederos, o considerarse que se limita el legislador a recordar que no sólo los herederos[24] sino también los legatarios pueden, por voluntad del cesionario causante, quedar sujetos a la obligación[25]. La claridad de la norma exige una mayor precisión que nos inclinamos suponga la determinación por ley de la asunción de la obligación con carácter solidario por todos los sucesores del obligado, y que sólo permitiera la liberación de alguno de ellos con el consentimiento del acreedor de la prestación[26]. Nuevamente la función asistencial se muestra como la mejor justificación de esta medida.

Aún se puede dar un paso más, lo que se ha querido ver como intransmisibilidad pasiva debe reconducirse a su faceta activa. Es realmente la

---

[22] Es así ésta la mejor solución a la eventual falta de entendimiento o "incompatibilidad de humor" de que se habla en Francia; que evidentemente no es un caso de incumplimiento de obligaciones.

[23] "Usando" el legislador de la facultad que concede el artículo 858 del Código civil, y además como gravamen compartido con los herederos.

[24] Por el hecho mismo de la sucesión y sin perjuicio de la facultad de aceptar a beneficio de inventario.

[25] Por eso se usa la disyuntiva "o" y no la conjuntiva "y": "herederos o legatarios".

[26] Cualquier otra solución es fuente de inconvenientes. Es cierto que no se quiere configurar la obligación como *propter rem* ni como gravamen real, pues si no es esencial que el bien cedido se mantenga en el patrimonio del cesionario (fuera de la conveniencia de la posibilidad de pactar tal efecto) tampoco se quiere que el obligado se determine por la titularidad del bien, ni que el bien garantice especialmente la obligación (puede ser hasta oportuno vender el bien para obtener fondos para los cuidados); pero por otro lado no parece muy lógico que el cesionario pueda transferir su patrimonio (integrado incluso fundamentalmente por dicho bien) a una persona y liberar a la misma de toda responsabilidad por la deuda alimenticia. Recordar que si la transmisión es *inter vivos* o bien es onerosa, con lo que se obtiene una contraprestación que no disminuye la solvencia del deudor, o bien es gratuita, sujeta a las normas sobre fraude de acreedores. Si la transmisión es *mortis causa* también debe quedar sujeta a la regla general de que "antes es pagar que heredar", la matización viene por el carácter de prestación continuada y "personal", que quizá sí haga conveniente apuntar expresamente el carácter solidario de todo sucesor.

persona del acreedor la que no resulta en ninguna medida indiferente para el deudor, y no ya por la idea de relación afectiva o personal, sino porque las "cualidades" del acreedor (sus características y circunstancias) son determinantes de sus necesidades, y éstas son las que marcan la extensión de la prestación y concretan lo que inicialmente había quedado indeterminado (idea del *aleas* del contrato). Es más ni siquiera cabe[27] que inicialmente se acuerde la contemplación de la vida y necesidades de otra persona distinta del acreedor para la fijación de la prestación contractual[28].

Esa inescindibilidad subjetiva viene exigida por la combinación de las dos notas más características de este contrato. Si la finalidad del contrato es satisfacer las necesidades del acreedor y además la extensión de la prestación del deudor viene fijada por las necesidades que vayan surgiendo, resulta imprescindible para un adecuado desenvolvimiento de la relación contractual que la prestación (aún cuando se reconduzca a una atribución pecuniaria para los cuidados personales por terceros)[29] se destine a satisfacer las necesidades del acreedor y que sean precisamente éstas las consideradas para fijar la extensión de la prestación. Si se atendiese a las necesidades de un tercero, no sólo podrían quedar sin cubrir o cubrirse con exceso las necesidades del acreedor, sino que además se adulteraría la aleatoriedad del contrato al no utilizarse la prestación para satisfacer las necesidades contempladas, cuya cobertura dependería de factores externos.

Todo esto que es obvio quizá sí exija una norma legal para evitar que amparándose en la autonomía de la voluntad se desvirtúe hasta ese extremo la categoría contractual[30].

Conectado con el examen de los aspectos subjetivos de la relación contractual, podemos indicar que sí se echa en falta en la regulación actual la adaptación de las normas generales sobre la titularidad plural (activa o pasiva) a las peculiares características de la prestación contractual (finalidad asistencial y contenido mínimo imperativo). En tal sentido las categorías clásicas de la solidaridad, mancomunidad y parciariedad[31] no son en todo caso compatibles sin matices con la estructura contractual del vitalicio.

---

[27] A diferencia por ejemplo con la renta vitalicia del Código civil.

[28] Totalmente diferente es la posibilidad de distinguir entre cedente y acreedor, caso claro de estipulación en favor de tercero, sujeta al artículo 1.257.2.º del Código civil. Posibilidad muy interesante en caso de personas discapacitadas. Este caso sí origina el problema de la legitimación para la resolución en caso de incumplimiento.

[29] Esta posibilidad se tiende a considerar plenamente admisible (reforzando nuevamente que el carácter personalísimo no es una nota esencial del contrato); no obstante, se puede matizar su carácter absoluto como consecuencia del contenido mínimo imperativo del contrato, en cuanto siempre existe una obligación personal del cesionario por cuanto debe cubrir los eventuales incumplimientos de los terceros que presten los servicios personalmente.

[30] Más discutible sería el caso de la separación entre cedente y alimentista, caso en el que entendemos sólo el recurrente argumento del arrastre histórico justificaría una norma. Nos inclinamos por la innecesariedad (que no inoportunidad) de tal norma.

[31] Nos inclinamos así por la utilización del término mancomunidad limitado a los casos de actuación conjunta y el de parciariedad para los casos de actuación dividida o distribuida.

En la parte activa entiendo que sí puede ser estéril el debate planteado sobre la posibilidad de una titularidad solidaria, mancomunada o parciaria. Los mismos argumentos que sirven para sostener el carácter personalísimo de la prestación en la posición de acreedor, sirven para sustentar la idea de que resulta imprescindible que cada acreedor reciba la total cobertura de sus necesidades (especialmente en cuanto al mínimo legal), sin verse afectado por la existencia de otros cotitulares[32]. No parece necesaria norma específica al respecto salvo, quizá, para la exclusión de la idea de mancomunidad, entendida como necesidad de exigencia conjunta, o mejor una norma que especificase que en caso de pluralidad de acreedores todos y cada uno de ellos deberán ver cubiertas sus necesidades individuales en la extensión pactada y en atención precisamente a sus necesidades propias.

En la parte pasiva, cabe una reflexión similar. Sin examinar cada caso concreto pero partiendo de la idea de ese mínimo asistencial imperativo, parece lógico que también deba excluirse cualquier solución que indirectamente pueda originar un incumplimiento parcial que deba ser soportado por el acreedor[33], por ello sólo la idea de la solidaridad o mancomunidad encajan adecuadamente[34].

Otro tema sería la fijación de las consecuencias en los casos de desistimiento o de resolución habiendo una pluralidad de acreedores o deudores, materia en la que, además de la actualmente necesaria previsión contractual, sí puede ser conveniente una previsión legal.

En este caso parece la solución más lógica, en la línea que hemos venido siguiendo, que la facultad de recuperar los bienes la pueda ejercitar cualquiera de los cedentes, y que las consecuencias del desistimiento o de la resolución alcancen a todos los cesionarios en caso de pluralidad de estos, aunque no todos hayan incumplido. Resulta así bastante justificada esta regla en caso de fallecimiento de alguno de los cedentes (lo que no obsta para que los bienes reviertan en quien cedió y con el carácter que tenían, y por tanto se sumen a la masa hereditaria del fallecido en su caso) para garantizar la prestación al sobreviviente. En cambio sí podría parecer excesivo el caso de resolución en vida de todos los cedentes; no obstante, nuevamente la función asistencial exige esta solución. Observar que por hipótesis partimos de cesiones conjuntas pues en caso de transmitir cada acreedor bienes separados y propios no sería estrictamente un caso de cotitularidad sino de pluralidad contractual (ya dijimos que no cabe modalizar la prestación con estructuras mancomunadas o solidarias que alteren la cobertura de necesidades, y por lo tanto

---

[32] No cabe que por el hecho de ser varios los titulares, cada uno de ellos reciba ni menos ni más que la cobertura pactada. Así si fallece uno, no es que la titularidad sea solidaria o que acrezca al otro cotitular sino que este otro conserva su derecho a la asistencia. De igual forma que tampoco el sobreviviente va a recibir más, porque el parámetro de determinación de necesidades es individual (no vamos ya a entrar en si se puede hablar de necesidades asistenciales de un muerto).

[33] Toda parciariedad sin obligación de cubrir incumplimientos de los codeudores conllevaría la inasistencia, al menos parcial, del acreedor, por lo que no es congruente con la finalidad contractual.

[34] La elección entre estas dos formas sólo debería depender de que resulte o no suficiente que la prestación se efectúe por uno o varios de los obligados o se quiera que la cobertura total de las necesidades se realice por todos los obligados (aspectos afectivos o personalistas).

surgen contratos yuxtapuestos y no conexos en este supuesto).

Aunque sigamos por el segundo de los campos al inicio enunciados (sin haber terminado con el primero e incumpliendo con ello la estructura expositiva prometida) parece ésta la sede más lógica para apuntar un aspecto que puede también parecer obvio pero que tiene una indiscutible relevancia práctica. No puede dudarse en la actualidad que el contrato de vitalicio puede también celebrase entre cualesquiera parientes, incluso en línea recta descendente. Cualquier argumento basado en la existencia de una obligación legal de alimentos entre parientes que priva de causa a la relación contractual, significa desconocer la radical diferencia entre la regulación de los artículos 142 y siguientes del Código civil y la figura del vitalicio[35].

Ahora bien, admitida esta posibilidad y dada su vinculación con el tema sucesorio, sí puede ser conveniente una norma legal que lo refrende.

Es precisamente esa vinculación con la sucesión y, especialmente, con las legítimas[36], en unión con el carácter oneroso del contrato, lo que introduce una nueva utilidad a la figura. No se trata de introducir una vía para defraudar legítimas, sino de dar relevancia legal a la onerosidad que conlleva el cuidado de otras personas, aun cuando éstas sean los propios padres[37], con las consecuencias que evidentemente derivan de dicha calificación[38]. Es cierto que la transmisión de la totalidad del patrimonio a uno solo de los hijos con la única contraprestación de los cuidados a los cedentes, puede dejar sin contenido la expectativa de los otros legitimarios, pero no menos cierto es que, salvo simulación o fraude, parece de justicia[39] que el titular de los bienes pueda disponer de ellos en "su" beneficio como mejor le parezca[40]. Remarcamos, no en beneficio exclusivo del cesionario, pues este aspecto es clave para la diferenciación con la vía gratuita. No se trata tampoco, evidentemente, de un beneficio exclusivo del cedente, pues entonces sería gratuito en su favor. Se trata de un beneficio de ambos, matizado en la correlativa onerosidad por el aspecto aleatorio

---

[35] El vitalicio puede tener un contenido mucho más amplio, no exige una situación previa de necesidad, los sujetos obligados no se determinan por la ley (arts. 143 y ss.) sino por pacto, si es un hijo el obligado habiendo varios no sólo se excepciona la mancomunidad parciaria como vimos, sino que además con el vitalicio cesa la situación de necesidad, lo que libera de la obligación legal a todos los hijos, etc.

[36] Y más específicamente con las legítimas mientras éstas se mantengan en la arcaica concepción de las mismas como *pars bonorum* con una extensión que resulta limitativa de la libertad dispositiva de unos bienes propios (especialmente en caso de bienes adquiridos con el esfuerzo personal y no heredados de generaciones anteriores) y claramente contraria al sentir de los testadores, bajo una incomprensible pretensión tuitiva de intereses no necesitados de esta protección (a tal fin ya existe la obligación legal de alimentos, que adquiriría así su verdadero sentido).

[37] Abstracción hecha de la idea de "amor filial" o de obligación moral, que no excluye el sacrificio patrimonial que conlleva.

[38] Al ser oneroso no sólo no hay límite a la disponibilidad por el causante *inter vivos* (art. 634 Cc) sino que tampoco queda sujeto a colación e inoficiosidad.

[39] No ya que el que concentró en sí una obligación que afectaba, al menos moralmente, a varios, deba resultar beneficiado; pues se podría alegar que ni había situación de necesidad ni falta de disponibilidad para cumplir en los otros hijos.

[40] Además no depende de que tenga que encontrarse en situación de necesidad pues puede interesarle en cuanto garantice unos cuidados afectivos o, incluso, la integración en una vida de familia.

del contrato.

El carácter oneroso tiene también relevancia en vinculación con otro aspecto que ahora no goza de regulación legal específica: la atribución de carácter ganancial o privativo a los bienes cedidos en caso de cesionarios casados bajo el régimen legal común y gallego[41].

Puede considerarse que la normativa del Código civil es suficiente al respecto. En este caso, excluida la argumentación basada en el carácter personalísimo del contrato que permitiese aplicar el artículo 1.346.5.º[42], es cierto que generalmente se viene entendiendo pacíficamente que los bienes así adquiridos tienen carácter ganancial *ex* artículo 1.347 números 1.º y 3.º del Código civil.

Ahora bien, este mundo idílico se rompe si intentamos analizarlo un poco más pormenorizadamente[43].

Pensemos en un supuesto que puede producirse fácilmente: cese o inicio del régimen de gananciales durante la vigencia del contrato de vitalicio. La pregunta inmediata es la determinación de la norma en cuyo supuesto de hecho encaja el expuesto. Pero la respuesta a tal pregunta exige una toma de postura previa. Es claro que el contrato de vitalicio conlleva para el cesionario una prestación de tracto sucesivo de tipo continuado, pero lo que no está tan claro es si este tipo de prestación encaja con la idea de un precio fraccionado o aplazado que daría lugar a la aplicación de los artículos 1.354, 1.356 y 1.357 del Código civil (con la relevancia de tratarse de la vivienda familiar)[44] o si por el contrario el riesgo asumido, dado el carácter aleatorio del contrato, altera esta apreciación, al ser imposible ignorar el riesgo corrido por las partes desde el momento inicial, lo que lo asimila más a una adquisición al contado.

En esta misma línea pensemos en el caso en que la intención de los cónyuges sea la de atribuir carácter privativo al bien adquirido[45], en conexión con la tendencia al reconocimiento de una cierta autonomía de la voluntad a la hora de la

---

[41] No vamos a entrar en la calificación de la prestación asistencial pues su propia naturaleza, en caso de un verdadero vitalicio, excluye toda polémica sobre la aplicación del artículo 1.346.5.º del Código civil.

[42] No reiteraremos ni los argumentos doctrinales ni el legal del artículo 97 de la Ley de Derecho civil de Galicia.

[43] No nos referimos siquiera a los casos como el contemplado en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 13 de marzo de 2002 en que se combina con una situación de separación de hecho y con la doctrina del abuso del derecho (advertir que no debe generalizarse lo que no deja de ser una solución del Tribunal Superior de Justicia influida por la justicia del caso concreto).

[44] No olvidemos que el contenido mínimo del contrato exige que no se limite a una prestación económica (supuesto en que sería más fácil la identificación con un precio fraccionado) sino que conlleva ayudas y cuidados afectivos, que implican una actividad personal del cesionario. Ya dijimos que sólo si se admite el supuesto de prestación realizada íntegramente por terceros retribuidos por el cesionario se podría plantear reconducirlo a una prestación dineraria, pero también indicamos las reticencias ocasionadas por el compromiso personal entre cedente y cesionario.

[45] Consecuencia por ejemplo de la vinculación afectiva individual de uno solo de los cónyuges, quien se va a hacer cargo de los cuidados por sí solo.

caracterización de los bienes. No obstante, en este caso la imposibilidad de confesar la privatividad de la prestación en cuanto encaja en el artículo 1.347.1.º del Código civil[46], sólo dejaría la (muy discutida) vía de la aplicación invertida del artículo 1.355 del propio Código o de la (fiscalmente costosa) posterior atribución de privatividad vía otro negocio jurídico (art. 1.323 Cc).

Son muchas las causas que pueden motivar la búsqueda de una calificación privativa del bien[47], pero en el fondo late además la idea de la libertad de los cónyuges a la hora de integrar los bienes en el patrimonio ganancial o en los privativos.

No es ésta la sede para reflexionar sobre la naturaleza jurídica de la sociedad de gananciales, pero no nos resistimos a apuntar que, en nuestra opinión, se ha creado en gran medida una polémica doctrinal excesiva que ha oscurecido la verdadera letra de la ley. El Código civil no quiso otra cosa que plasmar legislativamente la creación de un patrimonio colectivo, dentro de la categoría de los patrimonios separados. Cada cónyuge es así titular de su patrimonio privativo y cotitular de un patrimonio colectivo. Es éste el motivo de que se use el término de sociedad de gananciales, no porque se busque una personificación jurídica[48], sino porque se reconoce la existencia de una masa separada dotada de una autonomía de gestión y disposición (régimen determinado legalmente pero modificable por capitulaciones matrimoniales con la necesaria publicidad) de la que sean titulares ambos cónyuges en su condición de tales, sin perjuicio (al no tratarse de una comunidad universal) de conservar también cada cónyuge su patrimonio personal propio, y sujeta a un sistema propio de disolución y liquidación global que impide que pueda considerarse como una pluralidad yuxtapuesta de cotitularidades.

---

[46] Ni que decir tiene que partimos de la configuración de la confesión como negocio meramente declarativo o de fijación (no modificativo de la situación preexistente, lo que se llevaría a cabo por otros negocios) frente a la presunción del artículo 1.361 del Código civil. Se puede reconocer que un bien entregado como contraprestación es privativo de un cónyuge, pero no cabe la confesión de la privatividad de un trabajo o industria, o, más exactamente, resulta irrelevante el carácter personalísimo del trabajo prestado por un cónyuge pues en cuanto trabajo da lugar al carácter ganancial de lo con él adquirido. Cosa diferente es que, como vimos, pueda sí ser privativo lo adquirido por quien recibe la prestación en atención al carácter inherente a la persona del adquirente de lo por él adquirido.

[47] Desde motivos inconfesables hasta los más lícitos y honorables.

[48] El legislador fue mucho más realista en 1981 que posteriormente en 1995 cuando introduce la posibilidad de la sociedad capitalista unipersonal, con una motivación claramente instrumentalista o teleológica. Es indiscutible la utilidad de la figura de la sociedad unipersonal e impecable la argumentación teórica que permite su defensa (vid. RDGRN de 21 de junio de 1990), pero no deja de reconocerse como una solución ficticia. Toda ficción sólo debe justificarse si es necesaria, y en el presente caso sólo obedece a la falsa "necesidad" de que exista una personalidad propia para que exista un centro autónomo de imputación (de derechos y de responsabilidades) y un patrimonio separado. Con ello se ignora la categoría clásica romana (que sí se ha asentado paradójicamente en derechos tan extraños a su origen como el anglosajón con, por ejemplo, la figura del *trust*, o en el germánico con las relativamente nuevas tendencias en la configuración de los negocios fiduciarios) mucho más próxima a la realidad: una persona quiere afectar una parte de su patrimonio a una actividad mercantil limitando a ella el riesgo empresarial, dotándolo de la publicidad oportuna para evitar daños a terceros.

Nos hemos detenido en esta "vuelta a los orígenes"[49], por cuanto la atribución del carácter privativo o ganancial, tanto inicial como sobrevenidamente, se encuentra profundamente influido por la toma de posición en la naturaleza jurídica del régimen legal. Desde la postura que hemos expuesto, la atribución inicial de un carácter u otro sólo supone la integración en uno u otro patrimonio en atención a las reglas que la ley o las capitulaciones matrimoniales publicadas suficientemente fijan (y los terceros pueden conocer), y el cambio de carácter sólo supone la transmisión de un patrimonio a otro (sea de un privativo al otro, o entre los privativos y el ganancial) con o sin contraprestación (actual o aplazada) por parte de este segundo patrimonio[50].

Si admitimos estos postulados, dependerá de la voluntad de los cónyuges la introducción de la pertinente modificación capitular del régimen legal que fije que un bien adquirido mediante vitalicio tenga carácter privativo y que evite la duda sobre la calificación determinando la regla (asimilada a las adquisiciones al contado o a plazos) que deba aplicarse. No obstante, quizá sí sería conveniente una norma legal que excuse de la necesidad de una modificación capitular, permitiendo que, en caso de contrato de vitalicio en que sólo un esposo sea parte, se le pueda por voluntad de ambos cónyuges atribuir al bien carácter privativo[51], o, cuando menos, una norma determinante del momento en que deba procederse a la calificación[52].

Llegados a este punto es conveniente recordar que hemos tomado como punto de partida el carácter oneroso del contrato, del que se extraen las consecuencias sucesorias y matrimoniales expuestas. Ahora bien, la onerosidad no puede dejar de examinarse en unión con la aleatoriedad inherente al vitalicio. Sólo con la adecuada combinación de ambos se entiende adecuadamente la figura y sus consecuencias, pues, en gran medida, el problema de la delimitación con la donación onerosa o modal reside en la difícil apreciación autónoma de la causa, y en la más fácil

---

[49] Insistir en que puede parecer pueril la explicación ofrecida, pero constatando que rara vez se acude a esta categoría para explicar la naturaleza del patrimonio ganancial, en unión a la simplicidad y utilidad de la calificación, no puede negarse la pertinencia de su apunte.

[50] No vamos a entrar en la polémica de la autocontratación pues resulta de todo punto ficticia. Es evidente que toda persona titular de dos patrimonios separados puede efectuar transferencias entre ellos por las vías negociales clásicas (que serán gratuitas si un patrimonio se lucra a costa del otro y oneroso si la operación es conmutativa). En el caso del patrimonio privativo y ganancial también es posible realizar esos negocios siempre que se respeten las normas sobre gestión y disposición, con la peculiaridad añadida de que al ser uno de esos patrimonios colectivo será necesaria la intervención del otro cotitular para evitar el conflicto de intereses.

[51] Entendiendo esta norma como excepción al artículo 1.347.1.º del Código civil y por tanto inalegable este último por los acreedores o herederos forzosos del otro cónyuge (no es una confesión sino una regla sobre la determinación del patrimonio en que se integra el bien). Por ello también es imprescindible que la decisión se tome en el momento mismo de la adquisición, de tal forma que si no se adopta se debe entender integrado en el patrimonio ganancial de manera definitiva.

[52] En este caso nos inclinamos por la asimilación con la adquisición al contado, no ya por su mayor sencillez, sino por la relevancia del riesgo por la aleatoriedad del contrato. Unidas ambas posibilidades daría lugar a una norma que partiendo del carácter ganancial permitiese, no obstante, a los cónyuges de común acuerdo atribuir carácter privativo a lo adquirido, carácter que también conservaría en caso de inicio del régimen de gananciales con posterioridad a la celebración del contrato.

valoración posterior de la extensión del gravamen[53].

El riesgo ya sufrido es así un parámetro esencial en el mantenimiento del carácter oneroso, riesgo que de no existir excluye el sacrificio patrimonial y reconduce el contrato a un negocio a título lucrativo, pero también riesgo que no se debe olvidar no depende sólo del tiempo de duración de la vida del cedente sino de otros factores como la posible extensión de la prestación (caso de ampliación del mínimo legal) que puede llegar a originar un gasto muy elevado en un plazo muy corto. La base no es por tanto la duración de la vida del cedente, es más, ni siquiera debería ser suficiente la circunstancia de la enfermedad preexistente al contrato, sino el conocimiento inicial de los gastos máximos que pueden llegar a producirse, siendo este máximo notablemente inferior al valor de los bienes cedidos. Por todo ello no nos parece necesario introducir una norma en la línea del artículo 1.804 del Código civil, al no depender en el vitalicio la aleatoriedad sólo del plazo al sufrir modificaciones también en la extensión de la prestación.

Finalmente debemos aludir a los casos de extinción anticipada del contrato por voluntad de los contratantes, y por tanto a la redacción de los artículos 98 y 99 de la Ley de Derecho civil de Galicia.

En este punto inciden muchas de las notas caracterizadoras que hemos ido aludiendo a lo largo de nuestra exposición[54] y especialmente el carácter "personal" (que no personalísimo) y de tracto sucesivo de duración indefinida de la relación contractual, en unión evidentemente a su tan reiterada finalidad de asistencia global.

Parece por tanto obvio que debe reconocerse al cesionario la posibilidad de desligarse de su obligación en cualquier tiempo, utilizando eso sí la vía del desistimiento, más que de la resolución *ad nutum*. También parece lógico que la función asistencial potencie las habituales exigencias de la buena fe y se fije un plazo legal de preaviso, aunque quizá debiera matizarse que en interés y por voluntad del cedente (caso por ejemplo de que pueda ya celebrar otro vitalicio), la devolución del bien cedido podría entenderse producida antes de los seis meses del artículo 98 de la Ley. No nos parece sin embargo adecuado que se reconozca por ley una compensación al cesionario[55], pues es la garantía del cedente la que debe ser la principal preocupación del legislador, y por tanto debe favorecerse la continuidad del contrato sin favorecer el desistimiento, sino en cierta medida sancionándolo[56].

---

[53] Quien intenta determinar *a posteriori* la causa, tiende a caer en un análisis de los efectos realmente producidos (en este caso la cuantía del gravamen) ante la extrema dificultad, o casi imposibilidad, de determinar aspectos subjetivos o intencionales. Esta circunstancia, en todo caso inadecuada, no origina graves perjuicios en los contratos conmutativos, pero sí tiene consecuencias muy negativas en los contratos aleatorios al olvidar el sacrificio que implica el riesgo.

[54] Así ya no volveremos sobre la incidencia que la existencia de una pluralidad de acreedores o deudores tiene en este punto.

[55] Ni siquiera cuando se plantee, como parece presuponer la Ley de Derecho civil de Galicia, en atención al caso del vitalicio celebrado sobre una explotación.

[56] Es verdad que esta afirmación no encaja con la figura estricta del desistimiento y su eficacia *ex nunc*; ahora bien, es mejor desde un punto de vista teleológico, atendidas las circunstancias concretas de la

Además, presupuesto del desistimiento tiene que ser la devolución del bien sin más cargas y gravámenes que los que tenía al tiempo de su constitución y en un estado similar de conservación[57].

Más discutible sería permitir el desistimiento del cedente, pues la misma idea de la función asistencial parece exigir que, cubiertas las necesidades y fuera de los casos en que se haya dado relevancia a las incompatibilidades personales por pacto expreso, no debe admitirse a voluntad del cedente el cese de una relación contractual que para él no supone una prestación de tracto continuado y que libremente ha asumido. Eso sí, si se introduce por pacto la facultad de desistir[58] debe mantenerse el criterio de no exigir al cesionario la restitución de los beneficios obtenidos y percibidos por el mismo, pues recordemos que el desistimiento tiene una eficacia *ex nunc*, y no hay motivos en este supuesto para invertir la regla, fuera de originar la devolución del bien cedido.

Totalmente diferente es ya la posibilidad de resolución del contrato por el cedente por motivo de un incumplimiento contractual. Sí resultan en este punto convincentes las causas del artículo 99.1 de la Ley, especialmente en cuanto su adaptación a las circunstancias de la persona. No estimamos en cambio oportuna la determinación de los efectos derivados de la resolución, puesto que parece lógico que sea el cesionario incumplidor el que sufra las consecuencias negativas de su incumplimiento, a lo que se unen además los argumentos esgrimidos en el caso de desistimiento por el cesionario.

En definitiva nos inclinamos porque el cesionario pueda desistir y el cedente resolver (en este caso por causas tasadas) sufriendo cada uno en su caso las consecuencias. El cedente sólo podría desistir si así se hubiese pactado en atención al aspecto personal de la relación[59].

Aclarar que, en caso de ser personas diferentes el cedente y el alimentista, la estructura del contrato como estipulación en favor de un tercero conlleva que el que tiene la facultad de resolver debe ser el cedente, y que esa facultad debe poder extenderse a los herederos del mismo. Este extremo es especialmente importante en el caso de utilizar el vitalicio como medida de protección económica de los discapacitados.

Finalmente, señalar que el tratamiento de la resolución por incumplimiento del cesionario debe ser similar al establecido en el Código civil respecto a las donaciones con carga (art. 647 Cc), no por una proximidad entre las estructuras

---

relación contractual contemplada, que no sólo el cedente recupere el bien sino que además recupere o adquiera los beneficios inherentes al mismo.

[57] Aspectos como las mejoras y deterioros sí deben solucionarse siguiendo las normas sobre la posesión de buena fe.

[58] Caso conveniente si se pacta la convivencia y también ante la eventual continuación de la relación por los herederos del cesionario.

[59] Que permite entender que no excepciona el artículo 1.256 del Código civil. Recordar además que el desistimiento supone en principio el cese hacia el futuro que no la inexistencia de la relación contractual.

contractuales sino por la lógica jurídica de operar la resolución según las previsiones legales al respecto. Eso sí, sería interesante introducir expresamente que esa resolución legal tenga efecto real en cuanto resolución por causas legales, publicitadas por tanto suficientemente[60], resultando con ello innecesaria una condición resolutoria convencional dotada de publicidad formal[61].

Recapitulando sobre todo lo dicho, creemos que es fácil extraer como conclusión que la Ley de Derecho civil de Galicia supuso un extraordinario avance en cuanto se adentró por primera vez en la regulación legislativa de una figura de indiscutible raigambre histórica pero a la vez de una vida pujante (factores como el envejecimiento de población son claramente determinantes de este fenómeno)[62]. Evidentemente es la dialéctica establecida en la vida de la norma lo que nos ofrece la mejor orientación en cuanto a las adaptaciones que deben hacerse en aquélla a la hora de garantizar su aplicación y, sobre todo, su utilidad. En las líneas precedentes sólo se ha intentado una reforma desde esta óptica, es decir, una propuesta de reforma que mejore el "uso" y el futuro de la norma, respetando simultáneamente el espíritu de la institución y especialmente las notas de la función asistencial (con un contenido mínimo), la onerosidad, la aleatoriedad, el carácter meramente personal y la autonomía de la voluntad modalizada por la necesaria protección de los alimentistas.

---

[60] Todo tercero debe conocer que el cesionario está sujeto a la carga de la prestación bajo resolución; es más, el reflejo en el título público de adquisición y en el asiento registral de la condición de propietario por título de vitalicio implica ya publicitar la existencia de esa "carga o gravamen" que, si bien personal, debe en este punto afectar a terceros al darle esa dimensión o eficacia real.

[61] Vía escritura pública e, incluso, inscripción en el Registro competente en cuanto se refiera a bienes susceptibles de tal publicidad.

[62] Señalar que no hemos hecho alusión específica a la celebración del contrato entre personas físicas e instituciones, pues superado el pretendido carácter personalísimo de la prestación del alimentista exime de justificar la posibilidad de que también las personas jurídicas puedan celebrar contratos *intuitu persona.*

II

ACTAS DE LAS SESIONES Y CONCLUSIONES

ACTA DE LA SECCIÓN QUINTA:

Presidente:
D. Juan José Reigosa González
Vicepresidente:
D. Juan Ramón Beneyto Bellas
Vocais:
D. José M. Blanco–Ons Fernández
D. Manuel Estévez Mengotti
Relatores da ponencia:
D. José Manuel Liaño Flores
D. Fernando Lorenzo Merino
D. Víctor Peón Rama
Secretario:
D. Alberto Ballón Lage

Na Sala 4.ª do Pazo de Congresos da Coruña, sendo as 16:00 horas do día 27 de novembro do 2002 constitúese a Mesa cos asistentes designados na marxe.

Sendo as 16:10 horas da comezo a sesión, que se inicia cunhas palabras do Sr. Presidente, D. JUAN JOSÉ REIGOSA GONZÁLEZ, sobre o modo en que se han de desenrola–las roldas de intervencións.

Acto seguido concédese a palabra ó relator, Sr. LORENZO MERINO, quen procede á súa exposición sobre o "Arrendamento rústico ordinario no Dereito civil galego", finalizando a mesma ás 16:45 horas.

O Sr. Presidente insta ós concorrentes a que manifesten as súas dúbidas ou precisións sobre o relatorio. Non existindo ningunha intervención, o relator eleva a definitiva a súa proposta. O contido da mesma é aceptado pola Sala.

A continuación, o Sr. Presidente da a palabra ó relator, Sr. LIAÑO FLORES, quen realiza unha intervención sobre as "Aparcerías e arrendamentos rústicos históricos en Galicia". Neste sentido, compre subliñar a súa proposta de reforma–la Lei 3/1993, de arrendamentos rústicos históricos, segundo o exposto nas conclusións do seu relatorio distribuído entre os asistentes. Sendo as 17:05 horas remata a devandita intervención.

O presidente outorga a palabra á Sala. O Sr. BENEYTO BELLAS fai uso da mesma, suxerindo modificacións sobre a base do disposto na Lei de arrendamentos rústicos históricos. O lexislador pretendera un organismo provincial con criterios

valoradores uniformes. O Sr. BENEYTO con base nas sentencias do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia propón copia–la redacción da amentada Lei, sen prexuízo de que a valoración dimanante do citado órgano sexa obxecto de revisión xudicial. Esto fronte o sistema actual onde a valoración non se fai por unha xunta arbitral como a proposta, se non por peritos. Así pois proponse copia–lo disposto pola Lei 1/1992, para facilitar ó xuíz unha dupla valoración.

Polo relator, Sr. LIAÑO FLORES, se acepta o contido da dita emenda e a incorpora o seu relatorio. Intervén a continuación o Sr. Presidente para facer unha matización ó exposto. Sinala que o noso sistema é máis sinxelo que o estatal: a intervención da xunta arbitral demora o proceso declarativo e leva ás partes, caso de discrepancias, a un proceso contencioso–administrativo posterior.

D. SANTIAGO NOGUEIRA apunta que coas xuntas de estimación non existen maiores garantías e que deberían ter diferentes criterios, segundo as bisbarras, para adaptarse á realidade do mercado. O Sr. ESTÉVEZ MENGOTTI cre que se incrementa a seguridade xurídica co sistema da peritaxe, que as xuntas homoxeneizan demasiado os criterios sen valora–las diferencias entre zonas.

O Sr. LIAÑO FLORES considera que é bo que o xulgador teña criterios que se lle dean para aterse a unha valoración dirixida dende a norma. O Sr. ESTÉVEZ MENGOTTI pon de releve que a especulación que subxace no sistema pode vicialo, xa que o fin é, moitas veces, pasar a urbaniza–los terreos no canto de cultivalos.

O Sr. VARELA FRAGA, tomando o dato certo da Lei de referi–los arrendamentos históricos con referencia ó ano 1942, afirma non entende–lo porqué da data e denuncia a dificultade de achegar medios de proba con relación a esta. A este respecto, o Sr. LIAÑO FLORES matiza que a data obedece a un cambio normativo habido entón. O Sr. Presidente se manifesta a prol da inversión da carga da proba; literalmente e seguindo o texto do relatorio manifesta: "O apartado b) é máis claro que o c), que é máis difícil de probar. Segundo o proposto, os tres apartados, o a), b) e c), teñen que concorrer todos, o cal é moi difícil de que suceda na práctica".

O Sr. VARELA FRAGA fala das garantías que se deben gardar tamén a prol do propietario. O Sr. LIAÑO FLORES estima que hai que lle dar opcións ó xulgador para elixir: "Do conxunto de todas esas cláusulas debe extraerse esa conclusión". O Sr. VARELA FRAGA continúa a falar de que normalmente o propietario non se opón ás datas, pero si ó prezo que se lle da, que en ocasións, é sangrante. Por outro lado pensa que hoxe xa non existen moitos casos de tales arrendamentos, quizais menos do un por cento da terra; e que os casos que se suscitan responden á posibilidade que existe de urbanizar e, polo tanto, de especular, por parte do arrendatario, que é o que pretende, e non o traballa–la terra. O Sr. LIAÑO FLORES non o considera xusto e pensa que o arrendador cumpre as súas obrigas traballando a terra o período que marca a Lei; o demais non se ten por que considerar. O Sr. VARELA FRAGA sinala que a Lei estatal de arrendamentos (de 1980) deixaba clara, cos seus criterios, se a finca era rústica ou urbana, o que non acontece coa nosa Lei.

D. SANTIAGO NOGUEIRA considera que caso dos retractos a cousa quedaba mais nítida: debíase mante–la finca en producción ou do contrario non existía

retracto. O Sr. VARELA FRAGA xulga excesivo establece–la presunción exposta pois, aínda que prexudique a un só propietario, os seus dereitos deben ser defendidos; cada quen que probe as súas alegacións como poida, como acontece nos procedementos xurisdiccionais normais. Segue a sinalar o Sr. VARELA FRAGA que en Galicia existían moitos señores que tiñan ós arrendatarios como xente da familia e que non existía abandono da súa terra polo propietario. O Sr. LIAÑO FLORES replica que a época do "bo labrador" xa pasou á historia. O Sr. DÍAZ DELGADO comenta que a normativa, hoxe, posto que o seu uso persigue unha finalidade urbanística clara, non pode prexudicar ó propietario. O Sr. ESTÉVEZ MENGOTTI apunta a conveniencia de suprimi–lo parágrafo a) da proposta. O Sr. LIAÑO FLORES responde que se trata de simples propostas suxeitas á vontade da maioría e mantén a súa tese.

Sendo as 17:30 horas suspéndese o acto hasta as 17:40 horas.

Sendo as 18:40 horas reiníciase a sesión co relatorio do Sr. PEÓN RAMA sobre "O contrato de vitalicio", rematando a súa exposición ás 19:25 horas

O Sr. Presidente solicita unha aclaración en relación coa hipótese do vitalicio cun fillo cando existen varios. O Sr. PEÓN RAMA clarexa que se trata dunha transmisión onerosa; "é triste ter que comprala, pero obedece a unha realidade subxacente: o pai queda co fillo con quen se leva. Coa proposta trátase de evita–la sinatura dos irmáns para logra–la cesión da casa sen problemas coas lexítimas e logra–la utilidade dos bens propios, dun patrimonio adquirido non hereditario, para darllo a quen lle garanta a súa vida no fin desta. Unha atribución dun pai terminal podería entenderse a título gratuíto. O fundamental é o risco no contrato, a existencia dunha contraprestación. Se non existe é doazón, non vitalicio. Nembargantes se é oneroso non deben entra–las lexítimas. O fraude debe ser probado *ex post*. A idea do sacrificio potencial podería desvirtua–lo contrato".

O Sr. Presidente conclúe os relatorios dando paso ás decisións da Sala sobre estes:

Primeiro relatorio: Non existen aclaracións nin emendas; o relator mantén o mesmo na súa totalidade. Queda aprobado.

Segundo relatorio: Ante a presentación de emenda do Sr. BENEYTO BELLAS, e a admisión desta polo relator, o texto queda modificado como de seguido se expón: "La determinación del precio se hará por el Juzgado, después de solicitar informe a la Junta de Estimación correspondiente y la práctica de la prueba pericial contradictoria en el proceso de acceso. En el supuesto de existir acuerdo entre las partes en cuanto al acceso pero no en cuanto al precio, éste se someterá a la citada Junta de Estimación Provincial.– Las Juntas de Estimación Provinciales de las Aparcerías y de los Arrendamientos Rústicos Históricos, que se crean por la presente Ley tendrán la siguiente composición (...)". Apróbase o relatorio no punto tocante ás presuncións ante a anuencia do Sr. ESTÉVEZ MENGOTTI, que acepta o criterio do relator. Queda aprobado o amentado relatorio.

Terceiro relatorio: O Sr. Presidente felicita a brillante e exhaustiva intervención sobre o vitalicio do relator Sr. PEÓN RAMA. Queda aprobado.

A continuación ten lugar a presentación por D. JOSÉ ANTONIO DE LA FUENTE LAGO dunha comunicación sobre o tema tratado polo relator, Sr. LORENZO MERINO, relativo ó tipo de cultivo, considerando que, a falta de pacto, corresponde ó arrendatario a súa determinación, abondando no dito xa polo relator.

E non habendo máis asuntos que tratar, sendo as 19:40 horas do mesmo día, levántase a sesión da que eu, o Secretario, co visto e prace do Sr. Presidente, dou fe.

CONCLUSIÓNS DA SECCIÓN:

Conclusións que a sección quinta somete ó Pleno do Congreso para a súa aprobación, se procede:

PRIMEIRA.– En relación co arrendamento rústico ordinario no Dereito civil galego a Mesa asume as seguintes conclusións:

1. O principio da autonomía da vontade en materia arrendaticia.
2. Que na futura normativa arrendaticia galega se inclúa expresamente como fonte o Código civil como norma supletoria de preferente aplicación.
3. Estimar como suficiente para o outorgamento do contrato arrendaticio a capacidade xeral para contratar, o que non se contradí coa utilidade ou conveniencia de que o arrendatario sexa un agricultor profesional.
4. No referente á duración do contrato parece oportuno o mantemento do actual sistema de pactos e prórrogas, coa determinación dun período supletorio para o único caso de ausencia de convenio entre os contratantes.
5. En canto a obras e reparacións, distinguir só as reparacións necesarias (art. 42 Lei 4/1995).

SEGUNDA.– No tocante á Proposición de reforma da Lei 3/1993, de 16 de abril, das aparcerías e arrendamentos rústicos históricos de Galicia:

1. Finalizada a derradeira prórroga no 31 de decembro do ano 2005, non deben outorgarse máis prórrogas.
2. Merecen ser revisados dous aspectos da Lei 3/1993:
   - Un máis preciso clarexamento das condicións de exercicio de acceso á propiedade (sempre antes do 31 de decembro do 2005).
   - Introducción dunha compensación económica de carácter automático ó arrendatario ou parceiro histórico que non podendo ou non querendo exercita–lo seu dereito de acceso á propiedade se vexa compelido polo propietario a abandonalas.
3. Polo que respecta ó dereito de acceso á propiedade proponse a facilitación

da proba da antigüidade do arrendamento ou da parcería introducindo unha presunción legal "iuris tantum" que na práctica supón unha inversión da carga da proba. Clarexamento da esixencia da condición de cultivador persoal das fincas para evitar oscilacións e cambios xurisprudenciais sobre a interpretación de tal concepto.

4. A teor do anterior faise por proposta a nova redacción dos artigos 6 e 8 da Lei 3/1993.

TERCEIRA.– Con respecto ó contrato de vitalicio:

1. A Lei de Dereito civil especial de Galicia supuxo un extraordinario avance en canto se adentrou por vez primeira na regulación lexislativa dunha figura de indiscutible raizame histórica, pero, á vez, dunha vida puxante (factores como o do envellecemento da poboación son claramente determinantes deste fenómeno). Evidentemente, é a dialéctica establecida na vida da norma a que nos ofrece a mellor orientación en canto ás adaptacións que se deben facer naquela á hora de garanti–la súa aplicación e, sobre todo, a súa utilidade. No relatorio só se tentou unha reforma desde esta óptica, é dicir, unha proposta de reforma que mellore o "uso" e o futuro da norma, respectando simultaneamente o espírito da institución e especialmente as notas da función asistencial (cun contido mínimo), a onerosidade, a aleatoriedade, o carácter meramente persoal e a autonomía da vontade modalizada pola necesaria protección dos alimentistas.

2. Así se apuntan como posibilidades de mellora as seguintes:

   - Potencia–la ampliación convencional do contido contractual.
   - Prohibir expresamente a posibilidade de pactar unha duración distinta á da vida do cedente en atención á función asistencial do contrato; así como, por igual motivo, a posibilidade de pacta–la intransmisibilidade *mortis causa* da posición do cesionario.
   - Incidir na intransmisibilidade da posición de cedente alimentista.
   - Regula–los supostos de pluralidade subxectiva en ámbalas dúas posicións contractuais, con especial incidencia nos casos do desistimento e a resolución.
   - Potencia–lo carácter oneroso–aleatorio do contrato, especialmente en conexión co fenómeno sucesorio, permitindo expresamente o vitalicio entre parentes (incluído o caso de pais e fillos).
   - Introducir unha norma que permita atribuír carácter privativo ós bens cedidos, sen necesidade de pacto capitular.
   - Revisa–los casos de extinción anticipada do contrato e as súas consecuencias.

SECCIÓN SEXTA

«ILDEFONSO SÁNCHEZ MERA»

SUCESIONES

SUMARIO:

I.– PONENCIA: 1. **Preliminar.–** 1.1. El Derecho sucesorio vigente y su relación con el I Congreso de Dereito Galego.– 1.2. Justificación del criterio asumido por la sección sexta.– **2. Capítulo I: Disposición general –art. 117–.-** 2.1. Sobre el artículo 117 LDCG.– **3. Capítulo II: los pactos sucesorios –arts. 118 a 135–.-** 3.1. Sobre la conveniencia de disposiciones generales en las que se contenga el régimen genérico de los pactos sucesorios.– A) Determinación de los pactos sucesorios.– B) Capacidad, forma y otorgamiento de los pactos por poder.– a. Capacidad.– b. Forma.– c. Otorgamiento de los pactos por poder.– C) Interpretación de los pactos sucesorios.– 3.2. Sobre el pacto de mejora.– 3.3. Sobre el derecho de labrar y poseer, en particular.– 3.4. Sobre el apartamiento.– A) El objeto del apartamiento.– B) La relación entre el apartamiento y la sucesión intestada.– C) Apartamiento y obligación de colacionar.– **4. Capítulo II –bis–: en particular, el usufructo voluntario del cónyuge viudo –arts. 118 a 127–.-** 4.1. Sobre la ubicación sistemática del usufructo del cónyuge viudo.– 4.2. Sobre el régimen jurídico del usufructo del cónyuge viudo.– A) El artículo 118 LDCG.– B) Inventario y fianza.– C) Facultades del usufructuario.– D) Ineficacia del usufructo.– E) Extinción del usufructo.– **5. Capítulo III: la sucesión testada –arts. 136 a 145–.-** 5.1. Sección 1.ª: El testamento abierto notarial.– A) Sobre el título de la sección 1.ª.– B) Sobre el contenido del artículo 136.– 5.2. Sección 2.ª: El testamento mancomunado.– A) Sobre las insuficiencias del régimen jurídico del testamento mancomunado.– a. La definición de las cláusulas correspectivas.– b. La facultad de disposición respecto de bienes comprendidos en el testamento mancomunado.– c. El derecho a copia del testamento mancomunado.– d. La forma del testamento mancomunado.– B) Sobre las deficiencias del régimen jurídico del testamento mancomunado: las normas reguladoras de la revocación.– a. El principio general de libre revocabilidad.– b. La

revocabilidad de las disposiciones correspectivas.– c. Forma y notificación de la revocación unilateral.– § 5.3 Sección 3.ª: El testamento por comisario.– A) Las fuentes de la facultad testatoria y los eventuales beneficiados por su ejercicio.– B) Los límites del ejercicio de la facultad testatoria.– C) El plazo y la situación de interinidad.– D) Adjudicación de los bienes.– E) Ineficacia de la facultad testatoria.– 5.4. Propuesta de una nueva sección: Sección 4.ª: "De las disposiciones testamentarias especiales".– A) Disposición a favor de quien cuide al testador.– B) Disposición testamentaria de un bien ganancial.– a. Disposición como cosa ganancial.– b. Disposición del derecho que corresponde al testador en un bien ganancial.– C) Ineficacia de las disposiciones en favor del cónyuge.– **6. Capítulo IV: las legítimas –arts. 146 a 151–.-** 6.1. Determinación del criterio a seguir por la sección en materia de legítimas.– 6.2. Los legitimarios y el "quantum" de la legítima.– A) Quiénes son legitimarios.– B) La legítima de los descendientes: cuantía.– C) La legítima del cónyuge viudo: cuantía.– **7. Capítulo V: la sucesión intestada –arts. 152 a 154–.- 8. Capítulo VI: las partijas –arts. 155 a 170–.-** 8.1. Preliminar.– 8.2. De las disposiciones generales.– 8.3. De la partición por el testador.– A) Sobre la partición en documento no testamentario.– B) Sobre las disposiciones particulares referentes a la partición de la herencia.– C) Sobre la partición conjunta.– a. Objeto.– b. Eficacia y revocación.– c. La partija conjunta y la facultad de disposición.– d. La partija conjunta y las legítimas.– 8.4. De la partición por el contador–partidor.– A) Sobre el artículo 159.2 y 3.– B) Sobre las facultades del contador–partidor.– 8.5. De la partición por los herederos.

II.– COMUNICACIONES:

- "Consideración crítica a la contraposición entre la libertad de testar y el sistema de legítima", por Dña. M.ª MERCEDES BERMEJO PUMAR.
- "Consideraciones acerca de la partición realizada por el testador en la regulación de la Ley de Derecho civil de Galicia", por D. ANTONIO LEGERÉN MOLINA.
- "El testamento mancomunado ante la reforma de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia", por D. MARCOS A. LÓPEZ SUÁREZ.
- "Cuestiones sobre el derecho de labrar y poseer, las apartaciones y de las legítimas", por D. JOSÉ PUENTES GONZÁLEZ.

III.– ACTAS DE LAS SESIONES Y CONCLUSIONES:

I

PONENCIA

PONENTES:

JUAN ARESES TRAPOTE
ERNESTO BALTAR FEIJOO
NEMESIO BARXA ÁLVAREZ
ANTONIO DÍAZ FUENTES
JOSÉ MANUEL GARCÍA SOBRADO
ALFONSO GRANDE PÉREZ
VICTORINO GUTIÉRREZ ALLER
JOSÉ MANUEL LOIS PUENTE
EDUARDO MÉNDEZ APENELA
FRANCISCO ORDÓÑEZ ARMÁN
JOSÉ MANUEL PACHO BLANCO
CELESTINO PARDO CASTIÑEIRA
MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ÁLVAREZ
RAMÓN PÉREZ NOVOA
JOSÉ PUENTES GONZÁLEZ
ÁNGEL LUIS REBOLLEDO VARELA
MARÍA JOSEFA RUIZ TOVAR
MARÍA NIEVES SANTOMÉ COUTO
JOSÉ SEOANE IGLESIAS
VÍCTOR VARELA CARID

1. PRELIMINAR:

1.1. El Derecho sucesorio vigente y su relación con el I Congreso de Dereito Galego:

Buena parte del contenido de la Ley de Derecho Civil de Galicia –en adelante LDCG– tiene al Derecho de sucesiones como objeto de regulación. En concreto, la Ley 4/1995, de 24 de mayo, dedica al Derecho sucesorio el título VIII que comprende desde el artículo 117 al artículo 170. Pero existen además otras disposiciones de la LDCG que guardan relación directa o indirecta con el Derecho de sucesiones. Tal es el caso del artículo 113.2 o de las disposiciones adicionales 1.ª y 2.ª.

Así las cosas, el legislador de 1995 tuvo el acierto de acoger figuras que respondían al Derecho sucesorio realmente vivido en Galicia y a las que la Compilación de 1963 no supo dar respuesta. A estos efectos es curioso constatar que buena parte del contenido que asume la LDCG en el ámbito del Derecho sucesorio había sido objeto de consideración específica en el "I Congreso de Dereito Galego"

celebrado en A Coruña en el año 1972.

En concreto, en el I Congreso de Derecho Gallego se trató sobre el usufructo universal de viudedad como institución viva en la realidad jurídica gallega (GARRIDO DE PALMA, "El aspecto sucesorio hereditario en Galicia y en especial el usufructo universal del cónyuge viudo" en *Libro del I Congreso de Derecho Gallego*, La Coruña, 1974, pp. 460 y ss.). En parecidos términos se hizo referencia al testamento mancomunado (CASAL RIVAS y NAGORE YÁRNOZ, "El aspecto sucesorio hereditario en Galicia, y en especial, el testamento mancomunado y el usufructo universal del cónyuge viudo", op. cit., pp. 487 y ss., y MENÉNDEZ–VALDÉS GOLPE, "Algunhas suxerencias ao Congreso de Dereito Galego", op. cit., pp. 571 y ss.). Asimismo se tomaron en consideración los usos relativos a los pactos sucesorios (MENÉNDEZ–VALDÉS GOLPE, op et loc. cits. y LÓPEZ GRAÑA, "De la sociedad familiar al pacto sucesorio", op. cit., pp. 225 y ss.) y, en particular, los referentes al apartamiento (MENÉNDEZ–VALDÉS GOLPE, op. cit., pp. 602 y 603). Y en relación con la partija por la mayoría, en el citado Congreso se trató sobre la práctica del "abandamiento", consistente en hacer partijas provisionales entre presentes, con reserva de cupos para los ausentes –con el fin de solventar los problemas suscitados por la emigración– (ADRIO BARREIRO, "La partición cuando hay ausentes", op. cit., pp. 502 y ss.).

Pues bien, la importancia del I Congreso de Derecho Gallego y su relación con el Derecho sucesorio vigente se pone de relieve si se aprecia que la LDCG admite el testamento mancomunado (arts. 137 y ss.) y los pactos sucesorios (arts. 118 y ss.), regula la partija por la mayoría (arts. 165 y ss.), acoge el apartamiento (arts. 134 y ss.) y permite la atribución voluntaria del usufructo universal de viudedad (arts. 118 y ss.).

1.2. Justificación del criterio asumido por la Sección Sexta:

Expuesto lo anterior, los miembros de la sección entienden que el presupuesto necesario de sus trabajos consiste en justificar la orientación seguida en la ponencia que se presenta. Sobre este particular consideramos desde un principio que la pauta a seguir no debía ser idéntica a la asumida por el "I Congreso de Dereito Galego" en orden al Derecho sucesorio. Entre otras cosas porque han variado notablemente las circunstancias legales que, existentes en el año 1972, motivaron que el I Congreso de Derecho Gallego se orientase a poner de manifiesto las insuficiencias de la Compilación de 1963. Por ello estimamos que la ponencia a presentar al III Congreso de Derecho Gallego no debe responder al objeto de proponer figuras para ser incorporadas a una eventual reforma de la vigente LDCG. Y es que, como se ha comprobado con anterioridad, la LDCG asumió muchas de las figuras que, ajenas al régimen del Código civil, entroncan con el propio modo de vivir el Derecho reflejado desde siempre en determinados usos y costumbres.

En conclusión: sin renunciar a ofrecer ciertas propuestas de nuevo cuño, los miembros de la sección sexta consideramos que la ponencia debe obedecer básicamente al análisis del contenido del texto vigente con el fin de contribuir a su mejora. En la presente ponencia, resultado del acuerdo mayoritario de la sección, se

analiza sistemáticamente el contenido del título VIII de la LDCG, ofreciendo propuestas que puedan contribuir a suplir ciertas deficiencias y sugerencias que permitan corregir algunos defectos en su articulado.

2. CAPÍTULO I: DISPOSICIÓN GENERAL –art. 117–:

2.1. Sobre el artículo 117 LDCG:

El capítulo I, bajo el encabezamiento "Disposición general" tiene como contenido un único precepto –el artículo 117– que regula los modos de deferir la sucesión. En concreto, el artículo 117 dispone por medio de su párrafo primero lo siguiente: *"La delación sucesoria puede tener lugar por testamento, por ley y por los pactos sucesorios regulados en esta ley"*. La sección considera al respecto lo siguiente:

En primer lugar, que en buena técnica jurídica y adoptando la propia sistemática que en los capítulos siguientes asume la LDCG –pactos sucesorios, sucesión testada, legítimas, sucesión intestada y partijas– la referencia a los pactos sucesorios debería preceder al testamento y a la ley en la enumeración de los modos de deferir la sucesión.

Y en segundo lugar, consideramos que la alusión que se contiene en el artículo 117.1 a los pactos sucesorios *"regulados en esta ley"* debe ser matizada. Lo anterior por cuanto que existen figuras en el Código civil que como excepción a lo establecido por el artículo 1.271, párr. 2.º –vid. arts. 826, 827 y 1.341.2 Cc.– pueden encerrar pactos sucesorios y jugarían también en el ámbito del Derecho gallego. En consecuencia, la referencia a los pactos sucesorios *"regulados en esta ley"* debería ser sustituida por la de "los pactos sucesorios admisibles con arreglo a Derecho".

Por todo lo anterior la sección considera como más acorde con el espíritu y sistemática de la LDCG la siguiente redacción que se propone para el artículo 117: "La sucesión se defiere, en todo o parte: 1.º Por cualquiera de los pactos sucesorios admisibles con arreglo a Derecho. 2.º Por testamento. 3.º Por disposición de la ley".

3. CAPÍTULO II: LOS PACTOS SUCESORIOS –arts. 118 a 135–:

3.1. Sobre la conveniencia de disposiciones generales en las que se contenga el régimen genérico de los pactos sucesorios:

Se considera que la regulación de la materia debería ir encabezada por una primera sección en la que –bajo el título "Disposiciones generales"– tendrían acomodo las normas que integran el régimen común a todo pacto sucesorio. Teniendo presente lo anterior, en dicha sede habrían de regularse las siguientes cuestiones: determinación de las figuras identificables con los pactos sucesorios; capacidad, forma y otorgamiento de los pactos por poder; e interpretación de los pactos sucesorios.

A) Determinación de los pactos sucesorios.– Respecto de la determinación de las figuras identificables en sentido propio con los pactos sucesorios, la sección considera que, en cuanto el derecho de labrar y poseer no es sino un pacto referente a la mejora, en la enumeración legal correspondiente sólo deben ser considerados

pactos sucesorios los de mejora, los de apartamiento y los referentes al usufructo voluntario de viudedad –sobre la ulterior regulación independiente del usufructo voluntario de viudedad vid. 4–.

B) Capacidad, forma y otorgamiento de los pactos por poder.– En relación con estos temas, en el ámbito de las disposiciones generales de los pactos sucesorios consideramos conveniente proponer lo siguiente:

a. Capacidad.– La sección estima que deberá precisarse que los pactos sólo pueden ser otorgados por personas que, siendo mayores de edad, tengan plena capacidad de obrar.

b. Forma. Se considera necesaria una norma en la que de modo directo se disponga que los pactos habrán de ser otorgados en escritura pública. De este modo se solventan además los problemas planteados por la disposición adicional 1.ª LDCG que, entendida en un sentido literal, sólo parece exigir escritura pública para las donaciones de inmuebles por razón de pactos sucesorios.

c. Otorgamiento de los pactos sucesorios por poder.– A este respecto se estima conveniente admitir de forma expresa el otorgamiento de los pactos por poder que, teniendo carácter especial, habrá de contener los elementos esenciales del negocio.

C) Interpretación de los pactos sucesorios.– La sección considera que el vigente artículo 133 LDCG referente a la interpretación de las estipulaciones contenidas en un pacto de mejora y que forma parte de las normas referentes al derecho de labrar y poseer debería integrarse en el ámbito de las disposiciones generales por cuanto su contenido puede afectar a cualquier pacto sucesorio. No obstante lo anterior, la sección entiende también que al artículo 133 LDCG podría otorgársele una redacción más amplia que permitiera su ubicación en el Título preliminar como norma interpretativa e integradora de alcance general.

3.2. Sobre el pacto de mejora:

Bajo un epígrafe genérico con el título "De los pactos de mejora" consideramos que debería acogerse el régimen general aplicable a los pactos por los que se conviene la sucesión en favor de los descendientes. Con el presupuesto anterior y a la vista de las dudas doctrinales que ha suscitado la parca regulación contenida en los artículos 128 y 129 LDCG, la sección estima lo siguiente:

En primer lugar, que en relación con los pactos de mejora deberían especificarse los siguientes aspectos: de entrada, que los pactos sucesorios de mejora pueden suponer la entrega o no de presente de los bienes a que se refieren. Los pactos sucesorios de mejora con entrega de bienes deben conllevar la adquisición de la propiedad por parte del mejorado sin que el adjudicante puede disponer de los bienes, salvo que se hubiera reservado dicha facultad. Por lo que atañe al pacto de mejora realizado sin entrega de bienes, la sección considera necesario especificar que en tales casos el adjudicante conserva la plena libertad dispositiva, determinando las

consecuencias a seguir para los casos en que el acto de disposición se lleve a cabo –ineficacia del pacto–.

Y en segundo lugar, la sección también entiende que el régimen jurídico de los pactos de mejora habría de completarse con un precepto que determinase las causas de ineficacia del pacto. Sobre este particular consideramos que, si bien ubicado en sede del derecho de labrar y poseer, el vigente artículo 132.1 LDCG –dejando a salvo el supuesto previsto en el artículo 132.1.c– trasciende a todos los pactos de mejora. Por ello se propone que, con las debidas adaptaciones, el artículo 132.1 se traslade al epígrafe propuesto por la sección en el que se regularían los pactos de mejora de modo genérico –vid. § 3.3–. Con el presupuesto anterior los pactos de mejora quedarían sin efecto: si el mejorado incumpliera las obligaciones asumidas; por premoriencia del mejorado, salvo pacto expreso de sustitución o que la mejora se hubiera llevado a cabo con entrega de bienes; por incurrir el mejorado en causa de desheredación o indignidad; por su conducta injuriosa o vejatoria; y, habiendo entrega de bienes, por ingratitud.

3.3. Sobre el derecho de labrar y poseer, en particular:

Respecto de la regulación contenida en la LDCG sobre el derecho de labrar y poseer, la sección hace las siguientes propuestas:

En primer lugar, se considera conveniente que la atribución al adjudicatario de la facultad de compensar en metálico a los demás interesados en la partición se acompañe de la facultad ulterior de hacer el pago dentro de los cinco años siguientes a la apertura de la sucesión. Ello siempre y cuando el adjudicatario garantice el cumplimiento cuyo pago en metálico se retrasa.

En segundo lugar, en virtud del contenido propuesto en el § 3.2 para el pacto de mejora los supuestos de ineficacia del derecho de labrar y poseer quedarían limitados al vigente artículo 132.1.c y al 132.2. Por tanto, además de por las causas comunes a los pactos de mejora, el derecho de labrar y poseer quedaría sin efecto: si durante dos años consecutivos el mejorado abandonara en vida del adjudicante, totalmente y sin justa causa, la explotación de los bienes que la componen.

3.4. Sobre el apartamiento:

La sección estima conveniente resolver algunas cuestiones suscitadas por la regulación vigente en relación con el objeto del apartamiento, la relación del apartamiento con la sucesión intestada y la obligación de colacionar lo dado en apartamiento.

A) El objeto del apartamiento.– En orden a esta cuestión la sección considera que debería explicitarse que el apartante podrá adjudicar al apartado "cualesquiera bienes o derechos" con independencia de su valor.

B) La relación entre el apartamiento y la sucesión intestada.– A este respecto la sección estima que sería oportuno determinar expresamente la validez del pacto

por el que el legitimario quede excluido, no sólo de la condición de heredero forzoso, sino también del llamamiento a la sucesión legal.

C) Apartamiento y obligación de colacionar.– Con el fin de evitar dudas al respecto, la sección es de la opinión de que debería concretarse que, dejando a salvo la dispensa expresa del apartante, lo que se hubiera dado en apartamiento habrá de traerse a colación si el apartado o sus descendientes concurriesen como herederos a la sucesión con otros legitimarios.

4. CAPÍTULO II –BIS–: EN PARTICULAR, EL USUFRUCTO VOLUNTARIO DEL CÓNYUGE VIUDO –arts. 118 a 127–:

4.1. Sobre la ubicación sistemática del usufructo del cónyuge viudo:

La LDCG regula el usufructo del cónyuge viudo en el ámbito de los pactos sucesorios. Sin embargo la sección estima que, en cuanto puede ser constituido también por medio de testamento, el usufructo voluntario del cónyuge viudo debería ser objeto de regulación con carácter independiente. Ello sin perjuicio de que, en atención al cauce de constitución, al usufructo del cónyuge viudo le sean de aplicación las normas referentes al testamento o a los pactos sucesorios.

4.2. Sobre el régimen jurídico del usufructo del cónyuge viudo:

Ya por lo que respecta al contenido de los artículos que integran el régimen del usufructo del cónyuge viudo, la sección hace las siguientes propuestas que atañen a la redacción del artículo 118, a la obligación de hacer inventario y prestar fianza, a las facultades del usufructuario, así como a la ineficacia del usufructo y a su extinción.

A) El artículo 118 LDCG.– El vigente artículo 118 tiene una redacción confusa en la que se entremezclan los cauces de constitución del usufructo del cónyuge viudo y la ineficacia del mismo en virtud de la voluntad que lo constituyó. Por esta razón la sección propone regular en artículos diferentes la cuestión relativa al modo de constitución del usufructo y la ineficacia del mismo derivada de la voluntad o voluntades que lo constituyeron. Por lo que a la primera cuestión se refiere, la sección propone otorgar al artículo 118 la siguiente redacción: "Los cónyuges podrán pactar en escritura pública o disponer en testamento la atribución unilateral o recíproca del usufructo sobre la totalidad o parte de los bienes". De esta forma se somete el usufructo parcial de viudedad a las normas de la LDCG, resolviendo además las dudas suscitadas al respecto –en orden a la ineficacia del usufructo derivada de la voluntad que lo constituyó, vid. apartado D) del presente § 4.2–.

B) Inventario y fianza.– Dejando a salvo lo que pudiera haberse dispuesto en el título constitutivo, se considera conveniente eximir con alcance general al cónyuge viudo de la obligación de formar inventario de los bienes usufructuados y de prestar fianza. Como complemento de la regla general expuesta parece conveniente atribuir a los legitimarios la facultad de exigir la prestación de fianza para salvaguardar la legítima. Para los supuestos en que el viudo estuviese obligado a formar inventario,

la sección estima conveniente precisar un plazo que podría ser de seis meses contados desde la apertura de la sucesión.

C) Facultades del usufructuario.– En orden a las facultades del usufructuario reguladas en el artículo 122 LDCG, se estima conveniente la inclusión de la facultad del cónyuge viudo para cobrar créditos de la herencia.

D) Ineficacia del usufructo.– La sección considera adecuado suplir la inexistencia de una norma relativa a los supuestos en que el usufructo queda sin efecto. A este respecto se propone establecer que el usufructo del cónyuge viudo debe quedar sin efecto en los supuestos de indignidad para suceder, por haber sido el cónyuge desheredado, por declaración de nulidad del matrimonio, divorcio y por separación judicial o de hecho debidamente acreditada. Junto con lo anterior, el usufructo de viudedad también habrá de quedar sin efecto: el pactado, por mutuo acuerdo; el testamentario, por su revocación.

E) Extinción del usufructo. Y en orden a las causas de extinción del usufructo, el artículo 127.b dispone que el usufructo de viudedad se extingue por nuevo matrimonio del usufructuario, salvo pacto o disposición en contrario. La ponencia propone que además del nuevo matrimonio se tome en consideración la "situación de hecho asimilable" al mismo.

5. CAPÍTULO III: LA SUCESIÓN TESTADA –arts. 136 a 145–:

Bajo el epígrafe "De la sucesión testada", el capítulo III de la LDCG comprende cuatro secciones en las que se regula sucesivamente el "testamento abierto notarial" –sección 1.ª–, el "testamento mancomunado" –sección 2.ª–, el "testamento por comisario" –sección 3.ª– y las "mejoras testamentarias y los legados" –sección 4.ª–. En orden al contenido de las secciones que integran el capítulo III estimamos lo siguiente:

5.1. Sección 1.ª: El testamento abierto notarial:

A) Sobre el título de la sección 1.ª.– La sección primera en la que se regula el "testamento abierto notarial" comprende un sólo precepto. Se trata del artículo 136. De entrada y con el fin de evitar dudas al respecto, se considera conveniente modificar el título de la sección –"Del testamento abierto notarial"– sustituyéndolo por el siguiente: "Del testamento abierto ordinario". Ello por cuanto que el único precepto de la sección –art. 136– se refiere al testamento abierto ordinario y de ese modo se excluye cualquier duda sobre la aplicabilidad del precepto a los casos de testamento otorgado en inminente peligro de muerte que habrán de regirse por lo dispuesto en los artículos 700 y ss. del Código civil.

B) Sobre el contenido del artículo 136.– Ya por lo que respecta en concreto al contenido del artículo 136, la sección considera conveniente proponer las modificaciones que a continuación se exponen:

En primer lugar, parece aconsejable suprimir la referencia que se hace en el párrafo primero del artículo 136 al testamento por comisario –"el testamento abierto

podrá ser individual, mancomunado <o por comisario>"–. Lo anterior por cuanto que el testamento por comisario regulado por los artículos 141 y ss. LDCG poco tiene que ver con el testamento abierto. Y es que ni la designación del comisario *ex* artículos 141 y ss. habrá de hacerse en testamento abierto, ni el comisario tiene que ejercitar sus funciones por medio de testamento abierto –podrá hacerlo a través de actos "inter vivos" o "mortis causa"–.

En segundo lugar, resulta a todas luces necesaria la modificación de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 136 que regula la capacidad de los testigos del testamento abierto ordinario. A tales efectos la LDCG exige que los testigos tengan *"plena capacidad jurídica"*. La referida expresión constituye un error por cuanto debe decir "plena capacidad de obrar". Pero además la regulación vigente plantea la duda de si son aplicables las causas de ineptitud de los testigos previstas en el artículo 681 del Código civil.

En atención a lo expuesto la ponencia propone otorgar al artículo 136 LDCG la siguiente redacción: "El testamento abierto ordinario se otorgará ante Notario con las formalidades que le sean propias y podrá ser individual o mancomunado".

5.2. Sección 2.ª: El testamento mancomunado:

En relación con el testamento mancomunado la sección propone una modificación de alcance general. En concreto consideramos que debería reducirse el ámbito del testamento mancomunado, circunscribiendo la figura al testamento que, otorgado conjuntamente por los cónyuges, tuviera contenido particional y se ordenara mediante cláusulas recíprocamente condicionadas.

Al margen de la propuesta general anterior, lo que no ofrece dudas es que la regulación vigente del testamento mancomunado presenta algunas insuficiencias y defectos, precisando de ciertas aclaraciones que solventen las dudas que suscita el régimen vigente obstaculizando su otorgamiento.

A) Sobre las insuficiencias del régimen jurídico del testamento mancomunado.– En orden a las lagunas que presenta la normativa vigente del testamento mancomunado la sección considera lo siguiente: en primer lugar, que debido a su importancia y consecuencias prácticas deberían definirse las cláusulas correspectivas, delimitando el alcance de las mismas. En segundo lugar, que habrían de especificarse las consecuencias a seguir en los casos en que los otorgantes dispusieran de bienes comprendidos en alguna cláusula correspectiva. En tercer lugar, dadas las singularidades que al respecto presenta el testamento mancomunado, se estima conveniente la introducción de un precepto en el que, una vez fallecido uno de los otorgantes, se reconozca a los interesados el derecho a copia del testamento mancomunado y el contenido de la misma. Y en cuarto lugar, que habrán de resolverse las dudas que ha suscitado el régimen vigente debido a la inexistencia de una norma que de modo directo establezca la forma del testamento mancomunado.

a. La definición de las cláusulas correspectivas.– En orden a esta cuestión, la sección propone la siguiente definición: "Son correspectivas las disposiciones de contenido patrimonial cuya eficacia estuviera recíproca-

mente condicionada por voluntad expresa de los otorgantes". Junto con lo anterior y con el fin de soslayar futuros problemas interpretativos parece conveniente determinar que en todo caso "la correspectividad no se presume".

b. La facultad de disposición respecto de bienes comprendidos en el testamento mancomunado.– La regulación vigente tampoco establece nada en orden a esta cuestión. Parece claro que el otorgamiento del testamento mancomunado no debe limitar la facultad dispositiva de los otorgantes. Por ello resulta conveniente introducir una norma que de modo expreso reconozca la facultad de los otorgantes para disponer, *inter vivos* o *mortis causa*, de los bienes que han sido objeto de alguna de las cláusulas del testamento mancomunado.

   Teniendo presente lo anterior se hace necesario resolver una cuestión que carece de regulación en la LDCG: las consecuencias a seguir en los casos en que el acto de disposición afectase a bienes comprendidos en una cláusula correspectiva. Sobre este particular la sección considera que si el acto de disposición de bienes comprendidos en una cláusula correspectiva se realizara en vida de los cónyuges, habrá de producirse la ineficacia de las cláusulas recíprocamente condicionadas con aquélla. Y si el acto de disposición de bienes comprendidos en una cláusula correspectiva se llevara a cabo fallecido uno de los cónyuges, al beneficiario de la disposición testamentaria habría de reconocérsele la facultad de reclamar el valor actualizado de los bienes objeto de la disposición con cargo a la herencia del disponente.

c. El derecho a copia del testamento mancomunado.– Dada su singularidad, se considera aconsejable explicitar que los interesados en la sucesión de uno de los otorgantes fallecido tendrán derecho a copia del testamento que en todo caso sólo deberá contener las disposiciones que afecten a la sucesión abierta.

d. La forma del testamento mancomunado.– La obscuridad de la LDCG en relación con esta cuestión ha suscitado dudas que convendría resolver. A este respecto, la sección considera necesaria la introducción de un precepto en el que sin ambages se declare que "el testamento mancomunado habrá de ser otorgado en forma abierta notarial". De este modo se resuelven las dudas que pudieran suscitarse en orden a la validez del testamento mancomunado que se hubiera otorgado asumiendo, por ejemplo, la forma ológrafa. La sección considera que, mientras no se generalice el empleo del testamento mancomunado y dado los problemas derivados de la inclusión de cláusulas correspectivas, la forma abierta notarial constituye el cauce idóneo para el otorgamiento del testamento mancomunado.

B) Sobre las deficiencias del régimen jurídico del testamento mancomunado: las normas reguladoras de la revocación.– Pocos aspectos de la LDCG han suscitado

tantos problemas e interpretaciones como los referentes al régimen de la revocación del testamento mancomunado. Por ello, la sección propone otorgar un nuevo contenido a los artículos que regulan la revocación del testamento mancomunado, dotándoles de claridad y resolviendo los problemas que la redacción actual plantea. A este respecto se propone lo siguiente:

a. El principio general de libre revocabilidad.– Se habrá de determinar con claridad que en todo momento el testamento mancomunado puede ser revocado conjuntamente por los otorgantes y de forma unilateral por cualquiera de ellos en lo que atañe a sus disposiciones no correspectivas.

b. La revocabilidad de las disposiciones correspectivas.– Tratándose de cláusulas correspectivas, la revocación sólo podrá hacerse en vida de ambos cónyuges produciendo como efecto la ineficacia de las cláusulas recíprocamente condicionadas. A este respecto debe tenerse en cuenta que la redacción actual del artículo 140, que sanciona el carácter irrevocable de las cláusulas correspectivas una vez fallecido uno de los cónyuges con ciertas excepciones, lo hace siguiendo una redacción en ciertos aspectos ininteligible. En virtud de lo anterior la sección propone una nueva redacción del precepto en el que: por una parte, se sancione el carácter irrevocable de las cláusulas correspectivas cuando hubiera fallecido uno de los cónyuges o devenido incapaz para testar; y por otra, se admita en tales casos con carácter excepcional la revocación de las cláusulas correspectivas por el cónyuge sobreviviente si la persona en cuyo favor se otorgó la cláusula correspectiva hubiese sido declarado incapaz de suceder al otro cónyuge, estuviera incursa en causa de incapacidad para sucederle o hubiese premuerto.

c. Forma y notificación de la revocación unilateral.– Tal y como dispone la LDCG la revocación unilateral del testamento mancomunado deberá hacerse en testamento abierto notarial. Teniendo presente lo anterior, la sección propone clarificar el régimen de la notificación de la revocación llevada a cabo por uno solo de los otorgantes distinguiendo según si afecte o no a cláusulas correspectivas.

   Para los casos en que la revocación no afectase a cláusulas correspectivas, se hará saber al Notario la existencia del testamento mancomunado que se revoca y el domicilio del otro otorgante al fin de que la revocación pueda ser notificada. Mas en todo caso la sección entiende que tratándose de revocación unilateral que no afecta a cláusulas correspectivas la falta de notificación no deberá incidir en la validez de la revocación.

   Para los supuestos en que afectara a disposiciones correspectivas, para que surta efectos la revocación deberá ser notificada al otro cónyuge. A estos efectos la notificación habrá de realizarse, en los treinta días hábiles siguientes por el Notario que la hubiera autorizado, en el domicilio determinado en el propio testamento así como en el indicado por el revocante. En todo caso, una vez realizada, la notificación deberá

producir efectos revocatorios aunque no se hallare el cónyuge en ninguno de los domicilios señalados.

5.3. Sección 3.ª: El testamento por comisario:

La LDCG destina los artículos 141 a 143 a regular una figura a la que denomina "testamento por comisario" –vid., asimismo, el artículo 136.1 LDCG y § 5.1.B–. Pero lo cierto es que la delegación que los artículos 141 a 143 contemplan: ni habilita al comisario para otorgar testamento por su cónyuge, ni trae causa necesaria de un testamento –puede otorgarse en capitulaciones matrimoniales–, ni la función del cónyuge comisario se lleva a cabo de modo inexcusable por los cauces testamentarios –nada impide que la delegación pueda ser ejercitada en acto *mortis causa* o *inter vivos*–. Y es que en realidad los artículos 141 a 143 LDCG son mero trasunto del artículo 831 del Código civil que constituye su antecedente y cuyo contenido es –a salvo ciertos matices– reproducido en aquellos preceptos.

Mas, terminología al margen, la sección considera conveniente ahondar en el régimen de la figura recogida en los artículos 141 a 143 LDCG supliendo sus carencias, corrigiendo algunos defectos de redacción y aproximándola más a un propio testamento por comisario. Partiendo del presupuesto anterior, la sección propone: clarificar las fuentes de la facultad testatoria y los posibles beneficiados por la misma; determinar de modo conciso los límites del ejercicio de la facultad testatoria; revisar el plazo para que el cónyuge lleve a cabo sus funciones, determinando el régimen a seguir durante la situación de interinidad; concretar el modo en que el comisario podrá llevar a cabo la adjudicación de los bienes del difunto; y, en fin, explicitar las causas por las que la facultad testatoria debe quedar sin efecto.

A) Las fuentes de la facultad testatoria y los eventuales beneficiados por su ejercicio.– Con el fin de clarificar la confusa redacción del artículo 141 y salvar la contradicción existente entre los artículos 141 –"hijos comunes"– y 159.2 –"hijos o descendientes comunes"– la sección propone que se determine expresamente que "podrá pactarse válidamente en capitulaciones matrimoniales o atribuirse en testamento por un cónyuge a otro la facultad de designar heredero o legatario entre los hijos o descendientes comunes, así como la de asignar bienes concretos y determinar el título por el que se recibirán". También parece oportuno establecer que en el caso de que hubiera descendientes particulares del causante, el viudo sólo podrá ejercitar la facultad testatoria si el propio causante hubiera dejado ordenada la sucesión en lo referente a sus descendientes particulares.

B) Los límites del ejercicio de la facultad testatoria.– Sobre esta cuestión habrá de explicitarse que en el ejercicio de la facultad testatoria el comisario habrá de respetar las legítimas así como las disposiciones del cónyuge atribuyente.

C) El plazo y la situación de interinidad.– La sección considera que, salvo que el atribuyente hubiera señalado otro plazo, el viudo dispondrá de cinco años para ejercitar la facultad testatoria. Habiendo hijos menores, el plazo podrá ampliarse hasta tres años después de la emancipación del último de los hijos. En todo caso se

entenderá que la herencia del fallecido está bajo la administración del viudo hasta que éste ejercite las facultades que le fueron atribuidas.

D) Adjudicación de los bienes.– Se entiende conveniente determinar que el comisario podrá adjudicar los bienes del difunto bien por actos *inter vivos* o por actos *mortis causa* –ya en testamento otorgado por el cónyuge en condición de comisario del causante, ya en testamento por el que el comisario dispone además de sus propios bienes–.

E) Ineficacia de la facultad testatoria.– A este respecto habría de establecerse que la facultad testatoria quedará sin efecto por las causas siguientes: presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio; separación de hecho de los cónyuges debidamente acreditada; salvo dispensa del atribuyente, por el nuevo matrimonio del viudo –celebrado antes de que hubiera ejercitado la facultad que se le atribuyó– o situación de hecho asimilable. Asimismo, la facultad testatoria debe quedar revocada por la disposición sucesoria otorgada con posterioridad por el cónyuge atribuyente.

5.4. Propuesta de una nueva sección: Sección 4.ª: "De las disposiciones testamentarias especiales":

Consideramos conveniente la introducción de una nueva sección en el ámbito del Derecho sucesorio en la que se tome en consideración el contenido y trascendencia de algunas disposiciones testamentarias habituales en la práctica. En concreto: las disposiciones en favor de quien cuide al testador y la disposición testamentaria de un bien ganancial. Junto con lo anterior parece inexcusable suplir la laguna existente en la LDCG regulando con alcance general la repercusión de las situaciones de crisis matrimonial en las disposiciones realizadas por uno de los cónyuges en favor del otro.

A) Disposición a favor de quien cuide al testador.– La sección considera que debe explicitarse la validez de la disposición "a favor de quien cuide al testador" y de la disposición hecha bajo la condición de "cuidar y asistir al testador, a sus ascendientes, descendientes o a su cónyuge". En tales supuestos y salvo que se hubiera dispuesto otra cosa, será el albacea a quien en su caso corresponda determinar la persona que hubiera cuidado al testador o si se ha cumplido la condición bajo la que se hizo la disposición.

B) Disposición testamentaria de un bien ganancial.– Sobre este particular habrá de especificarse de entrada que la disposición testamentaria de un bien ganancial puede realizarse: como disposición de "cosa ganancial" o como disposición del "derecho" que al testador corresponda en el citado bien. Para los casos de duda deberá establecerse que la disposición del bien ganancial ha sido realizada como disposición del derecho que al testador corresponda en el mismo. Con el citado presupuesto, el régimen a seguir será el siguiente:

a. Disposición como cosa ganancial.– Cuando se disponga de un bien por entero como cosa ganancial habrá de hacerse constar de modo expreso el carácter del bien, produciendo la disposición todos sus efectos si, en la liquidación de gananciales, el bien fuese adjudicado a la herencia del

testador. En otro caso se entenderá legado el valor que tuviera el bien al tiempo del fallecimiento del testador.

b. Disposición del derecho que corresponde al testador en un bien ganancial.– Cuando se adjudica o lega el derecho que corresponde al testador en un bien ganancial la disposición habrá de entenderse referida a la mitad de su valor. Sin embargo, la disposición se entenderá referida a la mitad indivisa del bien si el cónyuge sobreviviente o sus herederos los aceptasen y también cuando los cónyuges hubiesen realizado la disposición de forma coincidente y las herencias de ambos estuvieran deferidas.

C) Ineficacia de las disposiciones en favor del cónyuge.– Según se adelantó, la inexistencia de una regulación al respecto, ha suscitado no pocas dudas en orden a la incidencia que habrán de tener los supuestos de crisis matrimonial en las disposiciones que un cónyuge hubiera hecho en favor del otro. Por ello la sección estima pertinente introducir un precepto que con alcance general disponga lo siguiente: "Salvo que del testamento resulte otra cosa, las disposiciones en favor del cónyuge no surtirán efecto si al fallecer el testador estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin. Tampoco surtirán efecto en los casos de separación de hecho entre los cónyuges debidamente acreditada".

6. CAPÍTULO IV: LAS LEGÍTIMAS –arts. 146 a 151–:

6.1. Determinación del criterio a seguir por la sección en materia de legítimas:

A juicio de la sección, el capítulo IV de la LDCG está necesitado de una profunda revisión que contemple las legítimas en su conjunto. Y es que el legislador gallego de 1995 tuvo el acierto de regular algunos aspectos de la materia de legítimas. Mas, al hacerlo de modo parcial, se suscitan dudas cuando se trata de incardinar los preceptos de la LDCG en el régimen de las legítimas del Código civil. Junto con lo anterior, existen contradicciones entre algunos de los preceptos del capítulo IV de la LDCG. Así, el artículo 146.1 LDCG –y otros que lo secundan– contempla la legítima como "cuota de activo líquido", mientras que conforme al artículo 149.1 LDCG la legítima *"habrá de ser satisfecha necesariamente con bienes de la herencia"*. Por ello nada tiene de particular que existan opiniones encontradas incluso en relación con la naturaleza de la legítima a que responde la LDCG.

Siendo así las cosas, la sección entiende que en materia de legítimas se debe ir más allá de la propuesta de meras correcciones del texto vigente. Entre otras cosas, porque la especial sensibilidad del Derecho sucesorio, y en particular de la materia de legítimas, impide que se pueda incidir en algunos aspectos de las mismas sin que resulte resentido todo el sistema. No obstante lo anterior, en materia de legítimas la sección renuncia a presentar una propuesta de revisión pormenorizada del capítulo IV, optando por presentar al Congreso una cuestión previa que condicionaría cualquier revisión ulterior del contenido del citado capítulo. En particular esta sección propone ahondar en el principio de libertad de testar al que responde el

Derecho gallego. A título de ejemplo de tal principio, basta citar el derecho de labrar y poseer, el apartamiento o el usufructo universal del cónyuge viudo. El desarrollo del principio de libertad de testar y las exigencias de la realidad social actual es lo que motiva que la sección sexta proponga una revisión, tanto de los sujetos a los que corresponde la condición de legitimarios, como del "quantum" de la legítima correspondiente.

6.2. Los legitimarios y el "quantum" de la legítima:

En orden a los sujetos que deben tener la condición de legitimarios y la cuantía correspondiente de la legítima la sección entiende lo siguiente:

A) Quiénes son legitimarios.– A este respecto se propone asignar al precepto que determine los sujetos que tienen la condición de legitimarios el contenido siguiente: "Son legitimarios: 1.º Los hijos y los descendientes de hijos premuertos, justamente desheredados o indignos. 2.º El cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho cuando la separación estuviera debidamente acreditada".

B) La legítima de los descendientes: cuantía.– A lo que entendemos, la legítima de los descendientes debe estar constituida por la cuarta parte del haber hereditario líquido del causante.

C) La legítima del cónyuge viudo: cuantía.– Para los casos en que concurriera con descendientes del causante, al cónyuge viudo habrá de corresponderle en concepto de legítima el usufructo vitalicio de una cuarta parte del haber hereditario. De no concurrir con descendientes, el cónyuge viudo tendría derecho al usufructo vitalicio de la mitad del caudal hereditario.

7. CAPÍTULO V: LA SUCESIÓN INTESTADA –arts. 152 a 154–:

Bajo el epígrafe "De la sucesión intestada", el capítulo V de la LDCG. está integrado por dos secciones. La primera sección, bajo el encabezamiento "Disposiciones generales", comprende un único artículo –el 152–. La segunda sección, bajo el rótulo "De la sucesión de la Comunidad Autónoma de Galicia", está conformada por dos artículos –153 y 154–. La ponencia asume el contenido básico de los citados artículos a los que no se presenta propuesta al respecto.

8. CAPÍTULO VI: PARTIJAS –arts. 155 a 170–:

8.1. Preliminar:

Al igual que ocurre con la materia de legítimas, la sección entiende que el contenido del capítulo VI de la LDCG está necesitado de una auténtica revisión que solvente sus errores, integre el régimen jurídico de las figuras que en el citado capítulo se contemplan y ordene sistemáticamente los distintos tipos de partición.

A este respecto se propone la división interior del capítulo referente a las partijas en cuatro secciones: una primera comprensiva de las disposiciones generales

de la partición; la segunda regularía la partición por el testador; la tercera, la partición por el contador–partidor; y una cuarta sección ordenaría la partición por los herederos.

8.2. De las disposiciones generales:

En este ámbito habrían de enumerarse los modos de realizar la partición y el criterio a seguir en los casos de concurrencia de menores o incapacitados. Por lo que respecta a la primera cuestión y en consonancia con el contenido del capítulo, la partición puede realizarse: 1.º Por el propio testador, en testamento o en otro documento, anterior o posterior a aquél. 2.º Por el contador–partidor, en cualquiera de los casos admitidos por la ley. 3.º Por los herederos, bien por sí o por otro. 4.º Por resolución judicial.

Y por lo que respecta a la segunda cuestión, para los casos de concurrencia a la sucesión de menores o incapacitados legalmente representados la sección entiende que también en sede de disposiciones generales deberá establecerse la innecesariedad de la intervención y aprobación judicial a los efectos de aceptar o partir la herencia correspondiente.

Junto con lo expuesto, la sección entiende que, en cuanto afecta a toda partición, el vigente artículo 170 –*"el cesionario de un coheredero se subroga en lugar de éste en la partija de la herencia"*– debería traerse al ámbito de las disposiciones generales.

8.3. De la partición por el testador:

Partiendo de lo dispuesto en los artículos 157 y 158 LDCG y con el fin de ordenar y clarificar su contenido, la sección propone que, como punto de partida de la regulación ulterior y atendiendo a lo establecido por el artículo 157.1, se faculte con carácter general al testador para hacer la partición de la herencia o realizar adjudicaciones de bienes y derechos determinados, sin perjuicio de las legítimas.

Con el precedente anterior, en sede de partición por el testador habrían de regularse las siguientes cuestiones: los problemas que puede plantear la partición hecha en documento no testamentario, la eficacia de las disposiciones particulares sobre la partición y el régimen de la partición conjunta.

A) Sobre la partición en documento no testamentario.– Aclarando lo dispuesto en los artículos 157.3 y 158.1 habrá de establecerse que la partición hecha por el testador en documento no testamentario deberá ajustarse a las disposiciones del testamento. Sin embargo, deberá sancionarse la validez de la partición aunque el valor de lo adjudicado a cualquiera de los partícipes en la comunidad hereditaria no se corresponda con la cuota atribuida en el testamento.

B) Sobre las disposiciones particulares referentes a la partición de la herencia.– Con el fin de solventar cualquier duda al respecto, se propone establecer que podrán ordenarse en testamento disposiciones particulares sobre la partición de la herencia que habrán de ser observadas cuando ésta se lleve a cabo.

C) Sobre la partición conjunta.– La sección entiende que debería completarse la acertada regulación de la partija conjunta integrando su régimen jurídico con el fin de cubrir las lagunas existentes al respecto. En este sentido se contemplarían las siguientes cuestiones: el objeto de la partija conjunta; su eficacia y revocación; la incidencia de la partija conjunta en la facultad de disposición y las relaciones entre la partija conjunta y las legítimas.

a. Objeto.– Partiendo del contenido del artículo 157.2, habrá de establecerse que los cónyuges, aunque testen por separado, podrán hacer una partija conjunta y unitaria de sus bienes privativos y de los comunes, si los hubiere, con independencia del origen de los adjudicados a cada heredero.

b. Eficacia y revocación.– En torno a los problemas que pudiera suscitar la eficacia parece oportuno precisar que la partija conjunta será eficaz al fallecimiento de ambos cónyuges. Por lo que atañe a la revocación habría de establecerse que en vida de ambos cónyuges la partija podrá ser revocada por cualquiera de ellos y, notificada al otro cónyuge, producirá la ineficacia total de la partija. Asimismo, fallecido uno de los cónyuges la partija podrá quedar sin efecto por la revocación del sobreviviente.

c. La partija conjunta y la facultad de disposición. Resulta conveniente subrayar en sede legal que, fallecido uno de los cónyuges, el sobreviviente podrá disponer de sus bienes privativos, siendo necesario el concurso de los herederos y del cónyuge sobreviviente cuando se trata de disposición de los bienes comunes y de los del premuerto incluidos en la partija conjunta. En todo caso, la partija podrá ser declarada ineficaz cuando la composición patrimonial base de la misma se hubiera alterado de forma sustancial por enajenaciones voluntarias o forzosas.

d. La partija conjunta y las legítimas.– A este respecto, se propone mantener el contenido del vigente artículo 158.2 en cuya virtud en la partición conjunta la legítima podrá ser satisfecha con bienes de uno solo de los causantes.

8.4. De la partición por el contador–partidor:

Si bien regulada la partición por contador–partidor en sección independiente, se propone asumir el contenido de los artículos 157 a 163 LDCG referentes a la citada figura. Junto con lo expuesto la sección propone clarificar el contenido del artículo 159.2 y 3 y concretar las facultades del contador–partidor.

A) Sobre el artículo 159.2 y 3.– Estos preceptos tienen una redacción confusa en la que además se reitera la regulación de la delegación de la facultad de mejorar que ya se contempla en los artículos 141 y ss. LDCG. Por ello se propone una redacción diferente para los citados preceptos sin referencia específica a la delegación de la facultad de mejorar. En particular, la redacción que se propone para el artículo 159.2 y 3 es la siguiente: "El testador podrá nombrar contador–partidor al

cónyuge sobreviviente al que sólo hubiese asignado el usufructo universal. Salvo dispensa del testador, el cargo de contador–partidor únicamente podrá ser ejercitado mientras el sobreviviente permanezca viudo y dentro del plazo fijado por el causante. Si no lo fijase, el plazo para el ejercicio del cargo será el de un año" –sobre el plazo aplicable al ejercicio de la facultad testatoria § 5.3.C)–.

B) Sobre las facultades del contador–partidor.– A este respecto se propone explicitar los siguientes extremos: 1.º El contador–partidor podrá realizar el inventario por sí solo, aun cuando existan personas sujetas a patria potestad, tutela o curatela. 2.º El contador–partidor habrá de hacer la partición total de la herencia. 3.º Además de las facultades propias del cargo y de las encomendadas por el causante, el contador–partidor podrá, una vez formalizado el inventario, entregar los legados –art. 163–. 4.º El contador–partidor podrá liquidar la sociedad conyugal con el cónyuge sobreviviente o sus herederos. Con todo, para los casos de que el contador–partidor lo fuese de ambos cónyuges y realizase la partición conjunta podrá prescindirse de la liquidación de la sociedad conyugal salvo que fuera precisa para cumplir las disposiciones testamentarias de cualquiera de los cónyuges.

8.5. De la partición por los herederos:

En orden a la partición por unanimidad de los herederos, la sección propone incluir un artículo introductorio con el siguiente contenido: "Cuando el testador no hubiese hecho la partición, los partícipes mayores de edad, emancipados o legalmente representados, podrán partir la herencia del modo que tengan por conveniente. Además podrán encomendar a un tercero la práctica de la partición para que la realice con carácter vinculante para todos ellos".

En relación con la partición por la mayoría, la regulación vigente plantea no pocos problemas prácticos que dificultan su operatividad. Con el fin de sortear los citados problemas, la sección propone instaurar un sistema notarial análogo al del contador–partidor dativo que habrá de tener la condición de abogado ejerciente en el distrito notarial en el que la partición se tramite. Con este planteamiento como punto de partida habrán de regularse las cuestiones siguientes: incoación de la partición, el acto de designación del contador–partidor, y la formalización de la partición así como su notificación.

Por lo que respecta a la primera cuestión, la partición por mayoría podrá ser incoada por cualquiera de los interesados y habrá de ser notificada a los restantes que tuvieran domicilio conocido.

Por lo que respecta a la segunda cuestión, al acto de designación del contador–partidor habrán de concurrir los partícipes que representen una cuota de más de la mitad del haber partible y sean dos al menos, llevándose a cabo la designación por acuerdo de todos los concurrentes y, en su defecto, mediante sorteo entre los propuestos –uno por cada interesado–. Quedará sobreseído el expediente si antes de la designación del contador–partidor se hubiere promovido juicio divisorio o admitido a trámite la solicitud de nombramiento de contador–partidor dativo según el artículo 1.057 del Código civil.

Por lo que respecta a la tercera cuestión, la partición se formalizará mediante escritura pública de protocolización del cuaderno particional otorgada por el contador–partidor designado. El notario notificará la formalización de la partición a los interesados.

II

COMUNICACIONES

CONSIDERACIÓN CRÍTICA A LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE LA LIBERTAD DE TESTAR Y EL SISTEMA DE LEGÍTIMA

M.ª Mercedes Bermejo Pumar
Notario y Doctora en Derecho

Las limitaciones a la libre disposición por causa de muerte fueron[1] y son[2] varias y cada una responde a distintas razones. Sin embargo cuando se analiza un posible sistema basado en la libertad de testar, éste se contrapone esencialmente al legitimario.

En defensa de uno o de otro de estos sistemas en pugna se alegan, o bien razones individuales y subjetivas del causante, o bien de orden moral, de utilitarismo económico o histórico sociales. Todas estas razones son de carácter circunstancial. Las normas jurídicas pueden perpetuarse durante siglos porque superan todas ellas. En estas líneas, en las que de forma muy rápida planeo sobre un tema de tanta envergadura, voy a tener en consideración sólo algunas de las razones jurídicas.

En primer lugar, me parece inevitable el tener presente la crítica que se está

---

[1] Por ejemplo, en el Derecho Romano, que suele citarse como el paraíso de la libertad de testar, existieron diferentes límites en diferentes épocas. Ejemplos: la lex Furia testamentaria (año 200 a. C.) impuso como límite a los legados o donaciones que no pudiesen ser por importe superior a mil ases; la famosa Ley Falcidia (año 40 a. C.) es una ley de reducción de legados; la lex Fufia Caninia (año 2 a. C.) impuso un límite a la manumisión de esclavos: no se podían manumitir más de un número determinado de esclavos; la lex Iulia maritandis ordinibus (año 18 a. C.) impuso límites a los solteros, quienes no podían adquirir lo que se les había atribuido en testamento como herederos o legatarios, y el límite a que los casados sin hijos reciban más de la mitad de lo atribuido por testamento; la lex Iunia Narbona (año 19 d. C.) por la que se reconocía a los esclavos manumitidos una libertad bajo vigilancia y se interpretaba que no podían testar o recibir por testamento, ...

[2] Se pueden citar como algunos ejemplos de límites a la libertad de disponer en testamento, sin ánimo alguno de exhaustividad y con independencia de los requisitos formales para tener por cierta la voluntad, el contenido de los siguientes artículos del Código civil: 737, 785, 793, 794, ...

haciendo, desde distintos sectores y por distintas razones[3], a la consideración doctrinal de la legítima como mero sistema de freno. La legítima no es, o no es sólo, un límite a la libertad de disponer para después de morir. Por varias razones:

1.º) No sólo porque como límite a la libertad de disponer, supone ésta, (razón tautológica), sino además,

2.º) porque de la regulación de la legítima resulta que la ley no sólo supone la voluntad del causante sino que la necesita y en su defecto la presupone para determinar la cuota y derechos de los legitimarios.

3.º) Esto es así, sobre todo, si se entiende que la legítima puede ser satisfecha por cualquier título (siguiendo la teoría más común). En consecuencia tiene que haber título para recibir la legítima (configuración voluntaria) y se puede hacer elección de él.

4.º) De la ley resulta que también puede existir cierta libertad en la composición de la masa de cálculo de la legítima.

5.º) Por tanto en la configuración de la legítima es imprescindible la voluntad del causante.

6.º) Así como las mejoras y los actos de libre disposición deben hacerse para que existan (es decir, ordenarse las mejoras o realizarse las disposiciones) los derechos de los legitimarios no necesitan hacerse porque están reconocidos legalmente. Pero esto no es bastante ya que la posición del legitimario en la sucesión no tiene porque ser uniforme, y por esta razón es necesario configurar esta posición jurídica que al legitimario corresponde, por el hecho de serlo, en la sucesión por causa de muerte. Esta posición puede venir determinada por voluntad expresa o tácita del causante o, en su defecto, por ley en atención a una voluntad presunta.

7.º) Por esta misma razón la legítima puede resultar determinada de forma directa o indirecta. La determinación de la cuota exigible por el legitimario dependerá esencialmente de tres cosas:

- De las demás disposiciones que hubiese efectuado el causante, que sí deben hacerse de forma expresa.
- De la composición voluntaria de la masa de cálculo de la legítima (cabe dispensa de colación y, en mi opinión en ciertos casos, dispensa de computación a efectos del cálculo de la porción libre, dependiendo de los interesados que concurran a la sucesión).
- Y también del título por el que se reconozca la legítima. La cuota del legitimario heredero será todo aquello de lo que el causante no quiso o no pudo disponer; la cuota del legitimario legatario se ceñirá al objeto del

[3] Por ejemplo ESPEJO LERDO DE TEJADA en *La legítima en la sucesión intestada en el Código civil*, uno de los últimos estudios sobre la legítima.

> legado. En cualquiera de los dos casos existe el límite legal como un mínimo, pero legalmente no existe un máximo. El mínimo es el freno y opera en caso de inoficiosidad o lesión; el máximo legitimario depende de la voluntad del causante. Por tanto, el título por el que se reconoce la legítima no crea ésta, pero la configura, la determina. No es indiferente y no puede decirse que el suplemento en caso de insuficiencia se recibe por título distinto que lo atribuido, porque la medida del complemento vendrá determinada por el título de la atribución voluntaria. Corrobora, además, lo expuesto el que la ley utilice la expresión legítima que le corresponda, y no la de legítima estricta.

Todo esto, tan discutido, plantea cuestiones por todos conocidas, que se traducen en soluciones que dan lugar al desdoblamiento de los efectos que produce una misma disposición como si de varias se tratase. Anticipo que, en mi opinión, por razón del mínimo, el desdoblamiento tiene sentido si se da inoficiosidad, pero no en otro caso (por ejemplo, no lo tiene en el supuesto de representación a favor de la estirpe de indigno, en contra del criterio doctrinal mayoritario).

Por tanto, cualquiera que sea la teoría que se siga, la regulación de la legítima permite un margen a la voluntad del causante en su configuración. La legítima no es uniforme y necesariamente un mínimo igual (sobre todo en un sistema de mejora como el de Derecho común). Sin embargo, cuando se habla hoy de la legítima la idea que prima es la de porción y no la de herencia. Esto es así aunque se atribuya a título de herencia (se sigue la tendencia a resolver cualquier problema legitimario con la idea –pueril– del desdoblamiento del que hablábamos). Resulta interesante, teniendo en cuenta que la tradición es la contraria, que con una misma regulación (la del Código civil que parte de esa tradición y que sustancialmente no cambia durante más de un siglo) se puedan casar tendencias tan opuestas. Alrededor de esta contraposición porción/herencia danzan las teorías sobre la naturaleza de la legítima.

En mi opinión se debe distinguir entre condición de legitimario y legítima, aquélla da derecho a una posición en la sucesión que permite, en su caso, recibir ésta. Creo que en base a esta distinción (condición de legitimario/legítima) puede afirmarse, en contra de lo que se dice, que todos los sistemas del Estado español son legitimarios, incluido el navarro (en el que tan discutible es la idea del derecho a una legítima exclusivamente formal como se pretende)[4]. En todos estos ordenamientos, sin excepción, existen personas que reúnen la condición de legitimarios (lo que atribuye el reconocimiento de pertenencia a una familia, a una casa, derechos parasucesorios, existencia de limitaciones a los derechos de suceder a favor de otros en determinadas circunstancias). Lo que distingue los diferentes ordenamientos es el mayor grado de reconocimiento a la libertad del causante para configurar la posición jurídica de los legitimarios en su sucesión.

---

[4] En contra de la idea de una legítima navarra desprovista de contenido se cita la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1946, en la que se sostiene que la no atribución material no priva de los derechos de legitimarios, no son considerados como extraños en la sucesión.

La contemplación por la ley de datos circunstanciales (sociales, económicos) pueden ser puntuales; en atención a ellos históricamente se dieron y se pueden dar soluciones intermedias (por ejemplo sobre composición del caudal, libertad de ciertos pactos, limitaciones de suceder impuestas a otros en el caso de que existan legitimarios, causas de privación de legítima, normas de integración e interpretación de la voluntad que atiendan a una voluntad presunta que por cambios de mentalidad social, costumbres, ... tengan que ser valoradas en forma distinta). Entre un sistema de absoluta libertad de disponer por causa de muerte y un sistema coercitivo, caben aquéllos en los que se reconozca un margen de libertad mayor al causante en la configuración de la posición jurídica que debe corresponder a las personas que ostentan la condición de legitimarios en su sucesión.

A esta idea responde la interpretación que me merecen los pactos sucesorios en la Ley gallega, en especial la apartación incluso con la regulación que hoy tiene. Interpretación y aplicación de la Ley gallega vigente que defiendo en el trabajo ya publicado en el libro colectivo en homenaje a don ILDEFONSO SÁNCHEZ MERA y en el libro sobre Derecho gallego (libro colectivo también) que próximamente saldrá a la luz (Ed. Galaxia) a los que me remito. En los dos, y por tanto en el trabajo publicado ya citado, planteo cuál puede ser el bien contrapartida de la exclusión con el propósito de atribuir mayor eficacia práctica al pacto. En este trabajo critico la exigencia en la apartación, tal y como sostiene la doctrina, de una trasferencia actual de bien. Como sostengo en el trabajo citado los pactos sucesorios no son donación y por tanto la apartación no necesita transmisión actual de bien; la Ley no lo exige y el vínculo hace actual la prestación obligatoria de cumplimiento futuro lo que produce la separación de bien de la masa, a efectos sucesorios. Sostengo la necesidad de una interpretación sistemática de los artículos 147 y 148 de la Ley de Derecho civil de Galicia, de la que del tenor del primero se deriva la consecuencia del segundo y viceversa (interpretación coherente porque se aparta persona y bien). Por otra parte defiendo una idea de la colación que en el caso de la apartación nos aproxima en cierto sentido a la tesis de MANRESA (la colación no lo es en favor de extraños) y hago uso de las normas de la colación para interpretar la apartación, ya que considero que la apartación produce como lógico efecto la imposibilidad de colacionar (en sentido estricto). Considero, también, que el artículo 1.271 no es aplicable a la apartación ya que el causante no compromete su herencia y es libre para realizar cuantas disposiciones desee a favor del apartado cualquiera que sea la obligación que éste asuma.

Por tanto, como decíamos, las legítimas no son el único límite impuesto a la libertad del causante por la ley para que pueda ordenar su sucesión libremente. Entre otros se admite uno que afecta también a los pactos sobre la legítima: la imposibilidad de vincular por actos en vida el tercio libre, lo que sirve para asegurar la libertad de testar. El tercio libre en la regulación del Código no está regulado de forma especial en ninguna sección. No sucedía así en el Proyecto de 1851 en el que la porción de libre disposición estaba regulada junto con las mejoras, por lo que podía estar sujeto al régimen de éstas. En la regulación del Código civil al tercio libre se le aplica el artículo 1.271 y se excluye del régimen de los artículos 826 y 827.

Me parece loable que se mantenga este principio de respeto a la libertad de testar. Así lo hace la actual regulación de la Ley gallega en los dos tipos de sucesión forzosa: la impuesta por la ley y la que pueda derivarse del pacto. Y me parece deseable una regulación más esclarecedora y permisiva de la libertad del causante en la configuración de la posición de los legitimarios en su sucesión sin merma de la condición de legitimarios y de los derechos que, por vía de una voluntad subsidiaria e integradora, corresponden a estos.

CONSIDERACIONES ACERCA DE LA PARTICIÓN REALIZADA POR EL TESTADOR EN LA REGULACIÓN DE LA LEY DE DERECHO CIVIL DE GALICIA

Antonio Legerén Molina
Becario Predoctoral de la UDC

1. Introducción:

En la presente comunicación se pretende hacer algunas consideraciones críticas sobre la actual regulación de la partición por testador para aportar algunas sugerencias de cara a su posible modificación. Esta figura en su modalidad de partición conjunta constituye una de las principales novedades de la Ley de Derecho civil de Galicia (LDCG) al no existir antecedentes ni en la Compilación de 1963 ni en el Código civil. A través de esta novedosa figura se permite que los cónyuges realicen de forma conjunta la distribución de sus herencias, tal y como establece el artículo 157.2 de la LDCG al señalar que "*los cónyuges pueden partir conjuntamente en un solo documento, aunque testasen por separado*"[5]. En el presente trabajo se estudiarán sobre todo las posibles divergencias existentes entre la partición y el testamento reguladas en la LDCG y la facultad de pagar "*el haber correspondiente a cualquier heredero o partícipe en las dos herencias, aunque sea legitimario (...) con bienes de un solo causante*". Comencemos por las divergencias.

2. Las divergencias entre la partición y el acto dispositivo testamentario:

2.1 Ideas previas:

Como es conocido, la función típica de la partición consiste en concretar, desarrollar o ejecutar una voluntad dispositiva sin que dicho negocio pueda tener virtualidad dispositiva alguna (arg. *ex* art. 117 LDCG *a sensu contrario*). En el concreto caso de la partición por testador, ésta necesariamente ha de traer causa de

---

[5] A lo que parece, uno de los motivos principales que se tuvo en cuenta para introducir esta figura en la LDCG fue el reiterado uso que de algunas formas sucedáneas de la partición conjunta se hacía, a pesar de no estar prevista ni prohibida por el Código civil (cfr. ALBA PUENTE, "Comentarios al artículo 157.2 LDCG", *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, coordinados por SÁNCHEZ MERA y otros, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 237). Se recurría a la "partija conjunta" debido a la gran utilidad que ofrecía de cara a la división y partición de los patrimonios de los cónyuges, utilidad que se pone especialmente de manifiesto para aquellos cónyuges cuyo régimen económico–matrimonial sea el de sociedad de gananciales, que, como es sabido, es el régimen supletorio a falta de capitulaciones matrimoniales en las que se establezca otra cosa o cuando éstas sean ineficaces tal y como señala el artículo 112 LDCG (sobre el carácter repetitivo del artículo 112 LDCG y su relación con la distribución de competencias, vid. LETE DEL RÍO, "El régimen económico familiar. Capitulaciones matrimoniales", *Manual de Derecho civil gallego*, VV. AA., coordinado por JOSÉ MANUEL LETE DEL RÍO, Colex, Madrid, 1999, pp. 181 y ss.).

un acto dispositivo testamentario (cfr. art. 157 LDCG) con el que habrá de tener una perfecta coordinación para conseguir la finalidad perseguida por la partición. Con todo, la práctica demuestra que la indicada coordinación no es fácil de conseguir si se repara en lo siguiente: a) que el testamento y la partición pueden efectuarse en momentos diferentes; b) que ambos pueden ser modificados o revocados de modo autónomo en cualquier momento; c) que desde la realización de la partición conjunta hasta su ejecución puede verse alterado el contenido del patrimonio de que se ha dispuesto y partido o las personas que han sido llamadas a la herencia pueden dejar de serlo por diferentes causas –muerte, declaración de fallecimiento u otras–; y d) en que los testadores no han de someterse a un criterio valorativo determinado, salvo en lo que a la legítima atañe. Así pues en el momento de apertura de la sucesión (cfr. art. 657 Cc) podemos encontrarnos con divergencias entre el acto dispositivo testamentario y la partición, de forma que no exista total correlación: en aquél se dispone de una manera y en la partición se distribuyen los bienes de otra no totalmente coincidente con los criterios de disposición. Las dos voluntades –dispositiva y partitiva– que deberían ser acordes, ya que tratan de regular un mismo supuesto aunque en distintos planos, no son totalmente coincidentes a pesar de tener idéntico origen: la voluntad de los cónyuges[6].

Las indicadas divergencias pueden referirse tanto al modo de disposición de los bienes como a las personas llamadas a la herencia. Siendo ello así, en la presente comunicación nos referiremos únicamente a las reguladas por los artículos 158.1 y 157.3 de la LDCG.

2.2 El artículo 158.1 LDCG:

El supuesto de divergencia a que se refiere el artículo 158.1 LDCG se caracteriza porque una partición realizada fuera de testamento modifica los criterios de institución establecidos en el acto dispositivo testamentario de que trae causa a través de la variación del importe de las cuotas: los testadores –ya sea porque no hayan realizado valoración alguna de los bienes o porque, habiéndola hecho, el importe atribuido no coincide con el valor objetivo de los mismos– atribuyen en la partición bienes por un importe diferente al de las cuotas de institución[7]. Para tales

[6] Si nos atenemos de modo estricto al principio de perfecta coordinación que ha de existir entre partición y testamento y al principio de subordinación de lo particional a lo dispositivo, en los casos en que concurra alguna de las circunstancias apuntadas habría de decretarse la nulidad de la partición ya que la partición "discordante" carecería de base testamentaria. Con todo, como se verá en el texto, el principio *favor partitionis* matiza la mencionada sanción al no establecerse la nulidad en todo caso. De otra parte, no se ha de olvidar que, como ha puesto de relieve VALLET (*Panorama del Derecho de Sucesiones*, Tomo II: *Perspectiva dinámica*, Civitas, Madrid, 1984, pp. 882 y ss.), aunque desde una perspectiva teórica resulte sumamente sencillo diferenciar la voluntad dispositiva de la voluntad particional, en la práctica, tal delimitación puede resultar una operación extremadamente complicada sobre todo en los supuestos de partición testamentaria, pues no resulta infrecuente que bajo apariencia particional se encierren verdaderas normas de institución o viceversa.

[7] Reconociendo que el artículo 158.1 LDCG. se refiere a una partición extratestamentaria vid. ALBA PUENTE ("Comentarios al artículo 158.1 LDCG", *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, coordinados por SÁNCHEZ MERA y otros, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 242), aunque también admite la aplicación analógica en caso de partición testamentaria. Albergando dudas sobre si el artículo 158.1 LDCG se refiere a una partición efectuada fuera

supuestos en que el valor de los bienes atribuidos no coincide con la cuota establecida en el testamento el artículo 158.1 LDCG dispone que "*la partija hecha por el testador o por los cónyuges testadores será válida aunque el valor de lo adjudicado a cualquiera de los partícipes en la comunidad hereditaria no se corresponda con la cuota o participación atribuida en el testamento, sin perjuicio del derecho de los legitimarios a reclamar, en su caso, el suplemento de legítima*".

A lo que parece, el precepto transcrito nos remite al concepto de lesión –cuando lo atribuido es menor que lo que se debería recibir– para el cual, el Código civil en materia de partición impone la sanción de la rescisión (cfr. art. 1.074 Cc.), salvo cuando se trata de una partición realizada por un testador. Para este supuesto, el artículo 1.075 Cc preceptúa que "*la partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique a los herederos forzosos o de que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador*". Sanción que en cierto modo resulta similar a la establecida por el artículo 158.1 LDCG[8].

Así pues, el artículo que comentamos evidencia que en él se postula la eficacia de la partición aun cuando exista divergencia entre el valor de lo adjudicado y la cuota o participación atribuida en el testamento con independencia de que la legítima se vea afectada o no[9]. Dicha solución encuentra su fundamento, a nuestro modo de ver, en las siguientes razones. De una parte, la situación en que se encuentran el testador o los testadores a la hora de partir –en principio, son los que

---

de testamento vid. ZULUETA DE HAZ, "De las partijas –das partillas–", *Derecho Civil Gallego*, coordinado por REBOLLEDO VARELA, RODRÍGUEZ MONTERO y LORENZO MERINO, Consejo General del Poder Judicial y Xunta de Galicia, Madrid, 1996, p. 375.

[8] Una nota común que tienen los artículos citados en el texto consiste en que se excepciona la impugnación de la partición por testador en caso de existencia de lesión. Sin embargo, entre ambos existen diferencias dignas de mención. Primera: en el precepto de la Ley gallega no se contempla expresamente la posibilidad de que el testador o los testadores dispongan que la partición efectuada se pueda rescindir por lesión, lo que no resulta de mayor importancia habida cuenta del carácter supletorio del artículo 1.075 Cc en este extremo. Y segunda: el legislador gallego no prevé la impugnación de la partición cuando las legítimas se vean afectadas, a diferencia de lo que sucede en el artículo 1.075 Cc que señala que "*la partición hecha por el difunto no puede ser impugnada por causa de lesión, sino en el caso de que perjudique a los herederos forzosos*". En la LDCG la partija "*será válida, sin perjuicio del derecho de los legitimarios a reclamar, en su caso, el suplemento de legítima*" (recoge alguna de estas diferencias, GUTIÉRREZ ALLER, "Réxime económico–familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia", *Dereito Civil de Galicia. Comentario á Lei 4/1995 do 24 de maio*, Revista Xurídica Galega, Santiago de Compostela, 1995, pp. 415 y 416). Dicho suplemento habrá de exigirse conforme a lo que se dispone en el artículo 815 Cc y no según lo establecido por el artículo 1.077 Cc. En el mismo sentido, DÍAZ FUENTES (*Dereito Civil de Galicia. Comentarios á Lei 4/95*, Seminario de Estudios Galegos, Santiago de Compostela, 1997, p. 317); y en contra: ALBA PUENTE ("Comentarios al artículo 158.1 LDCG", cit., p. 242).

[9] De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 158.1 LDCG el heredero no forzoso que en la partición haya recibido menos de lo que le correspondía por testamento ha de pasar por lo establecido en aquélla sin que, en principio, tenga posibilidad alguna de impugnar la partición por tal motivo; la única excepción que en tal precepto se contempla es la referente al heredero forzoso que ve afectada su legítima. Al margen de ello, creemos que en el artículo 158.1 LDCG no ha de entenderse incluido el supuesto de preterición regulado por el artículo 1.080 Cc. En tal caso no estamos ante una mera diferencia cuantitativa sino ante un heredero no forzoso instituido en testamento que no recibe nada en la partición.

mejor conocen sus bienes y las necesidades y aptitudes de los que instituyen como herederos– y la libertad de que aquéllos gozan tanto para disponer como para distribuir sus bienes justifican que no se les haya de imponer un criterio valorativo distinto del que hayan utilizado para llevar a cabo la partición. En tal sentido, salvas las legítimas, los testadores tienen plena libertad de efectuar la valoración de sus bienes como estimen conveniente. Y de otra parte, las dificultades prácticas que impiden la existencia de una exactitud total entre el acto dispositivo testamentario y la partición –como pueden ser la dificultad de fijar un criterio valorativo totalmente objetivo o la posibilidad de aumento o variación en el valor de los bienes, entre otras– justifican el mantenimiento de la partición aun cuando no exista una total coincidencia entre lo recibido y lo atribuido por testamento. Por tales motivos, el legislador considera oportuno no admitir la impugnabilidad de la partición ante la mínima discordancia entre lo atribuido por testamento y lo recibido, tal y como se recoge en el artículo 158.1 LDCG.

Siendo ello así, y con independencia de que los motivos que justifican el mantenimiento de la partición a pesar de la discordancia de cuotas no estén faltos de sentido, creemos que al igual que sucede con el resto de modalidades de partición, la efectuada por el testador o los testadores también ha estar sujeta a límites, cuya necesidad de existencia encuentra apoyo en la naturaleza misma de la partición y en el principio de la buena fe. Y es que si se acepta la inexistencia de límite alguno a la vez que se entiende que la literalidad del artículo 158.1 LDCG ampara cualquier discordancia valorativa, los testadores en uso de su libertad de disposición y valoración, gozan de un amplio margen que podría ser utilizado en perjuicio de los herederos. Además, en tales casos la partición podría implicar cierta virtualidad dispositiva, lo que atentaría contra su naturaleza, pues se estaría instaurando una nueva forma de testar sin las solemnidades exigidas por el Código civil y la LDCG[10].

Así, aunque el legislador gallego admita que existan ciertas divergencias valorativas entre la partición y el testamento (art. 158.1 LDCG), creemos que la solución contenida en el precepto en cuestión no tiene carácter absoluto y se encuentra sujeta a límites: al límite derivado del principio de buena fe que impide una valoración totalmente arbitraria de los bienes que pueda desvirtuar las cláusulas dispositivas[11] y al límite resultante de la voluntad de los testadores, quienes pueden establecer la impugnabilidad por lesión en más de un cuarto de la partición por ellos efectuada (cfr. arts. 1.074 y 1.075 Cc)[12]. El sometimiento de la partición a la

---

[10] Habida cuenta de que para la aplicación del artículo 158.1 LDCG se parte de una cierta compatibilidad entre testamento y partición, entendemos con ALBA PUENTE ("Comentarios al artículo 158.1 LDCG", cit., p. 242) que no entrará en juego dicho precepto si una partición anterior es discordante con un testamento posterior revocatorio.

[11] Cfr. GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, "Naturaleza y eficacia de la partición practicada por el testador por acto *inter vivos*", *RDP.*, Tomo XXXVIII, núm. 447, junio, 1954, pp. 515 y 516.

[12] A lo que creemos, el principio de *favor partitionis* es jerárquicamente inferior al principio de la buena fe sin que pueda imponerse sobre él (arg. *ex* art. 1.080 Cc). De este modo, no parece lógico admitir que en virtud del principio de conservación de la partición se mantenga una partición en la que se produzcan evidentes perjuicios a los herederos no susceptibles de sanación, por ejemplo, por la arbitraria valoración de los bienes por los cónyuges testadores.

rescindibilidad por lesión puede señalarse de modo expreso o tácito –"*que aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador*". Así, resulta posible presumir racionalmente tal voluntad del hecho de que el testador o testadores indiquen en el testamento o en la partición que buscan la absoluta igualdad de los herederos o la proporcionalidad de sus cuotas –o utilizan términos similares para enunciar su deseo de igualdad–[13]. En tales casos, podríamos entender que sujetan su partición a la impugnación por lesión de tal modo que enervan la plena aplicación de lo dispuesto en el artículo 158.1 LDCG.

Expuesta la interpretación legal del artículo 158.1 LDCG puesto en relación con el artículo 1.075 Cc, cabe efectuar unas consideraciones críticas. En primer lugar hemos de apuntar que no acertamos a comprender por qué en el artículo 158.1 LDCG –lo mismo sucede en el Código civil en el artículo 1.075– se exceptúa la partición efectuada por el testador de la impugnabilidad por lesión, toda vez que, como hemos señalado, la amplia libertad que con dichas normas se le concede a los testadores en la valoración de los bienes puede originar perjuicios irreparables para los herederos. Es cierto que resulta harto complicado conseguir una correlación totalmente exacta entre el valor de los bienes atribuidos y la cuota de institución. Es cierto también que resulta de todo punto lógico que al testador se le conceda cierta libertad valorativa –sujeta a límites– en vista de su situación. Sin embargo, lo anterior no justifica, a nuestro modo de ver, que se haya de eximir por principio –esto es, salvo que el testador establezca lo contrario o ello se pueda deducir del testamento– la impugnabilidad de la partición efectuada por el testador por causa de lesión (arg. *ex* art. 158.1 LDCG en relación con el art. 1.075 Cc). A lo que creemos, partiendo del hecho de que los testadores tienen total libertad para testar y partir en el momento que estimen oportuno –con las peculiaridades propias en caso de partición conjunta con cláusulas correspectivas– si es voluntad de aquéllos atribuir más o menos a uno u otro heredero dicha voluntad habrá de traducirse en una modificación testamentaria, sin que sea correcto permitirles ejecutar tal voluntad por la vía particional.

De todos modos, aún admitiendo que de acuerdo con el criterio legal dicha partición, de principio, no es susceptible de ser impugnada por lesión, creemos que la fijación expresa de cuotas en el acto dispositivo testamentario puede incluirse dentro de los términos del artículo 1.075 Cc: "*aparezca, o racionalmente se presuma, que fue otra la voluntad del testador*". A nuestro juicio, el establecimiento de cuotas constituye un indicio de que es voluntad del testador que la partición efectuada se someta a la rescindibilidad por lesión[14]. Veamos por qué.

---

[13] Cfr. VALLET, "Comentarios al artículo 1.075 Cc", *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por ALBALADEJO, Tomo XIV, Vol. II, Edersa, Madrid, 1989, p. 528.

[14] La interpretación señalada en el texto, antes que suponer un menoscabo a los derechos de los partícipes, constituye una salvaguarda de los derechos que les han sido atribuidos. De este modo, si los cónyuges testadores quieren perjudicar a uno de los herederos parece técnicamente más correcto que lo hagan en el ámbito dispositivo y no a través de falsas valoraciones de bienes en el ámbito particional, ya que el margen de valoración de que gozan los testadores ha de fundarse en la dificultad práctica de conseguir una valoración totalmente objetiva, sin que pueda servir para producir perjuicios inimpugnables a los herederos.

Como es conocido, el testador o los testadores no se encuentran obligados a fijar de modo expreso en el acto dispositivo testamentario las cuotas de institución de los herederos, pudiendo efectuar dicha institución "en las cuotas resultantes de la atribución particional". Siendo ello así, resulta posible entender que si el testador explicita las cuotas en el instrumento testamentario, fijando el montante de acuerdo con el cual habrá de distribuir los bienes, está señalando de forma clara los criterios a los que se someterá en la distribución. Por tanto, si ordinariamente se ha de exigir correspondencia entre la partición y el testamento, ello resulta más necesario cuando existe una fijación expresa de cuotas; y más aún si en el testamento o en la partición se contiene el avalúo de los bienes que hayan podido realizar[15]. En tal sentido, si habiendo establecido expresamente el testador las cuotas de institución, se admitiese que pueda modificarlas posteriormente a través de la partición, se estaría vulnerando la naturaleza de ambos instrumentos: de postularse tal admisibilidad, la partición estaría adquiriendo cierto valor dispositivo. Por el cauce expresado se puede concluir que el señalamiento expreso de cuotas supone la voluntad del testador de someterse a ellas en la distribución: de ello cabe inferir que por dicha vía el testador está admitiendo la impugnabilidad de la partición en caso de incumplimiento de la norma por él fijada, siempre y cuando dicho incumplimiento alcance la cuantía legalmente establecida: un cuarto (cfr. art. 1.074 Cc). O dicho en otros términos: el testador o los testadores están admitiendo la impugnación de la partición efectuada por causa de lesión en más de un cuarto[16].

A la anterior interpretación podría objetarse que constituye una limitación de la libertad partitiva de los testadores. En efecto, la indicada interpretación limita la voluntad partitiva de los testadores pero no en mayor medida en que dicha voluntad viene limitada por la naturaleza de la partición, que, como es conocido, es un negocio meramente ejecutivo. Con el sometimiento de la voluntad partitiva a los criterios de disposición fijados expresamente por los mismos testadores no se les limita su libertad de testar ni se les impone un criterio valorativo determinado. Estos continúan teniendo la posibilidad de modificar las cuotas determinadas en el testamento y de valorar los bienes como estimen oportuno dentro de los límites que se fijan en el Código civil para la impugnación por lesión (cfr. art. 1.074 Cc).

A la vista de lo expuesto, cabe concluir que la fijación expresa de las cuotas de disposición permite presumir que es voluntad del testador o testadores que la

---

[15] Si se incluyen las valoraciones de los bienes que los testadores van a distribuir, lógicamente habrá de exigirse una correlación interna entre los valores establecidos y las cuotas, aun cuando dichas valoraciones sean subjetivas. De acuerdo con ello, constituirá una correlación arbitraria, por ejemplo, que a dos herederos instituidos a partes iguales se les atribuya en la partición 10 y 190 respectivamente. En tal caso, entendemos posible la impugnación de la partición por no corresponderse con el testamento del que trae causa.

[16] La admisión de la impugnabilidad de la partición efectuada por los testadores por causa de lesión en caso de que exista expresa fijación de cuotas no modifica el montante que dicha lesión ha de alcanzar para que proceda dicha impugnación. Así pues, con la referida interpretación no se exige en modo alguno la existencia de una correlación exactísima entre el testamento y la partición, quedando en la partición cierto margen de libertad para los cónyuges testadores.

partición se pueda impugnar por lesión[17]. Por tal motivo, nos parece que la actual redacción del artículo 158.1 LDCG no resulta del todo adecuada al permitir que exista divergencia entre lo adjudicado y la cuota atribuida en el testamento sin señalar límite alguno; motivo que justifica su modificación en una posible reforma de la LDCG[18].

2.3 El artículo 157.3 LDCG:

Señalada la divergencia a que se refiere el artículo 158.1 LDCG, la otra posible divergencia regulada por la LDCG se encuentra contenida en el artículo 157.3 de la misma a cuyo tenor "*cuando la hiciesen en documento no testamentario* –la partición conjunta– *y existiese alguna contradicción con el testamento abierto, prevalecerá la partija realizada en aquél, siempre que se otorgase en documento público de fecha posterior al testamento*". Como se puede comprobar, en el precepto transcrito se sanciona la prevalencia de la partición conjunta respecto del testamento en un caso un tanto específico ya que para que el artículo que comentamos pueda ser aplicado han de concurrir numerosos requisitos[19]. En efecto, en lo que al testamento respecto del cual existe "*alguna contradicción*" se refiere, el artículo 157.3 LDCG exige que sea abierto –requisito que ha sido criticado de forma unánime por la doctrina ya que no se alcanza a comprender el sentido de tal exigencia[20]–. Y en lo que atañe a la partición que contradice lo establecido en el "*testamento abierto*" se

[17] Dicha presunción puede enervarse si existiendo cuotas expresas se incluye en el testamento una cláusula donde se establezca que ante las variaciones significativas de valor –recalificación urbanística, error en la valoración, etc.– las diferencias con respecto a las cuotas de institución se abonen en metálico.

[18] En la actual Propuesta de reforma de la LDCG se contiene un precepto similar al 158.1. En efecto el artículo 274 señala que "la partición hecha por el testador en documento no testamentario deberá ajustarse a las disposiciones del testamento. No obstante, será válida la partición aunque el valor de lo adjudicado a cualquiera de los partícipes en la comunidad hereditaria no se corresponda con la cuota atribuida en el testamento" (cfr. VV. AA., "Propuesta de reforma de la LDCG", *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Tomo II, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, p. 2429).

[19] *A sensu contrario* y de acuerdo con el principio *inclusius unus, exclusios alterius* se podría colegir que si no concurren todos los requisitos exigidos por el artículo 157.3 LDCG, esto es, en caso de que estemos por ejemplo ante una partición conjunta testamentaria, o una partición conjunta extratestamentaria que traiga causa de un testamento no abierto habrá de prevalecer lo establecido en el testamento. ALBA PUENTE ("Comentarios al artículo 157.3 LDCG", *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, coordinados por SÁNCHEZ MERA y otros, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 240), no lo cree así y estima que si se trata de una partición que trae causa de un testamento no abierto igualmente habrá de aplicarse el artículo que comentamos ya que, en su opinión, el adjetivo "*abierto*" se debe a un error del legislador. Por otro lado, apunta también que en el caso de que se trate de una partición testamentaria, no se aplicará el artículo 157.3 LDCG sino que habrá de interpretarse el testamento–partición como un todo unitario indagando la voluntad del testador.

[20] Es opinión común entre los autores de la doctrina gallega que el requisito contenido en el artículo 157.3 LDCG referente al carácter "*abierto*" del testamento resulta innecesario: se trata de un lapsus del legislador derivado de que el testamento abierto es el más frecuente (ALBA PUENTE, "Comentarios al artículo 157.3 LDCG", cit., p. 240); supone una minusvaloración de esta clase de testamentos respecto de la partición, que además resulta incoherente con la autorización que se efectúa en el artículo 157.1 LDCG para realizar la partición en cualquier tipo de testamento (DÍAZ FUENTES, *Dereito Civil de Galicia...*, cit., p. 315); el legislador quizás quería hacer referencia a un testamento mancomunado aunque si tal fue la finalidad no se hizo así, de modo que la exigencia de testamento abierto se revela carente de lógica (GUTIÉRREZ ALLER, "Réxime económico–familiar e sucesorio..., cit., p. 416).

exige que: a) sea conjunta y que se haya realizado fuera de testamento[21]; b) que se contenga en un documento de carácter público; c) que dicha partición se realice con posterioridad al testamento; y d) que exista "*alguna contradicción*" con lo establecido en aquel tipo de testamento. Por tanto, nos encontramos ante un supuesto específico de divergencia partición–testamento en el que, concurriendo los requisitos indicados, se otorga prevalencia a la partición.

Señalados los requisitos que el artículo 157.3 LDCG exige para dar prevalencia a la partición conjunta, en nuestra opinión, la redacción del mismo resulta un tanto desacertada tanto en los requisitos formales –exigencia de testamento abierto y partición extratestamentaria efectuada en documento público posterior– como en el supuesto de hecho al que se refiere –"*alguna contradicción*"–. Así, no se alcanza a comprender el sentido de la limitación establecida por el artículo 157.3 LDCG dando prevalencia a la partición únicamente si ésta es conjunta y si se ha efectuado en documento público. No siendo la partición conjunta más que una modalidad de la partición por testador –habiendo por tanto, igualdad de *ratio*– y no existiendo, al menos aparentemente, razón alguna que justifique tal limitación no creemos adecuado que la prevalencia de la partición por testador sobre el testamento en casos de "*alguna contradicción*" tenga una aplicabilidad limitada a la modalidad de partición conjunta[22]. Igual consideración merece la exigencia contenida en el precepto en cuestión de que la partición conste en documento público. Sobre este aspecto, en la doctrina se ha sugerido que la exigencia de documento público responde al deseo de que la partición en la que se expresa la voluntad contradictoria tenga unas garantías similares a las de los testamentos[23]. Justificación que tampoco nos parece adecuada, a la vista de la posibilidad que tienen los cónyuges de testar en forma no pública –testamento ológrafo– modificando un testamento anterior, y en atención también al hecho de que si se sobreentiende que el documento público a que dicho precepto se refiere ha de ser un documento notarial, una vez que resulta necesario acudir al Notario, lo lógico sería que la voluntad contradictoria que encierra la partición conjunta que comentamos se plasmase en una modificación de las cláusulas dispositivas a través de testamento y no únicamente vía partición, lo que, como ya sabemos, no se aviene con la naturaleza de la misma. Asimismo, también merece crítica la exigencia de que la partición sea posterior al testamento al cual contradice, habida cuenta de que ya desde antiguo la jurisprudencia no exige un

---

[21] De acuerdo con GUTIÉRREZ ALLER ("Réxime económico–familiar e sucesorio..., cit., p. 416), creemos que la referencia expresa a que la partición ha de ser extratestamentaria resulta una "obviedad" ya que si la partición es testamentaria no estaríamos ante un supuesto de contradicción entre dos documentos diferentes sino ante un problema de interpretación del testamento.

[22] La exigencia de que se trate de una partición conjunta no se recoge explícitamente en el texto del precepto que comentamos pero se deriva de una interpretación sistemática del mismo. Siendo ello así, ALBA PUENTE ("Comentarios al artículo 157.3 LDCG", cit., p. 240) también considera aplicable el artículo 157.3 LDCG, aunque de modo analógico, cuando la contradicción tenga lugar en una partición individual. La aplicación de dicho precepto se verá matizada por la indagación de la voluntad del testador. Esta indagación de la voluntad del testador –continúa el autor– no se habrá de efectuar en casos de partición conjunta: en tales supuestos prevalecerá la norma objetiva contenida en el artículo 157.3 LDCG dado que al ser dos otorgantes pueden existir hasta voluntades contradictorias.

[23] Cfr. ALBA PUENTE, "Comentarios al artículo 157.3 LDCG", cit., p. 239.

orden cronológico determinado para la realización del testamento y de la partición[24]. A la vista de lo anterior, la exigencia de que la partición conjunta conste en documento público otorgado con posterioridad parece sugerir que estamos ante una partición "reforzada", en cierto modo similar a la testamentaria.

Al margen de las consideraciones anteriores, mayor trascendencia reviste la determinación del significado de la expresión "*alguna contradicción*" contenida en el artículo 157.3 LDCG. De entrada, ha de resaltarse que el uso del pronombre indefinido "*alguna*" referido a la "*contradicción*" no resulta del todo adecuado, ya que una interpretación gramatical del precepto nos llevaría a afirmar que si las contradicciones son "*muchas*" o "*varias* " no resultaría de aplicación dicho artículo, lo que no parece ser la finalidad del mismo[25]. Pero en fin, mayor enjundia entraña la delimitación del tipo de "*contradicción*" a que se refiere el precepto en cuestión. De entrada parece lógico excluir que se refiera a las personas incluidas en la partición ya que de admitirse que la partición prevalezca sobre el testamento existiendo divergencias en cuanto a la determinación de herederos se estaría abriendo un cauce para la creación de una nueva forma de testar[26]. Junto con ello, tampoco parece que tal "*contradicción*" deba referirse a los supuestos de preterición o de partición efectuada con un heredero aparente, ya que además de que hubiese sido mejor expresarlo de otra forma, se estaría incurriendo en una reiteración normativa al estar ya regulados tales supuestos por el Código civil (arts. 1.080 y 1.081), que en este aspecto resulta de aplicación al ámbito gallego (arg. *ex* art. 3 LDCG)[27].

Desestimado que la "*contradicción*" *ex* artículo 157.3 LDCG se refiera a los elementos personales, tampoco cabe referirla a las discordancias entre el valor recibido y el atribuido por el testamento, pues al estar tales discordancias ya reguladas por el artículo 158.1 LDCG nuevamente se incurriría en reiteración normativa[28]. De igual modo, tampoco creemos referible la contradicción *ex* artículo

---

[24] Al margen de que la innecesariedad de seguir un orden cronológico determinado en la elaboración del testamento y de la partición sea una cuestión discutible, si lo que el legislador pretendía era cambiar dicho criterio –absolutamente consolidado en la jurisprudencia– debió hacerlo de otro modo y no al hilo de la regulación de un supuesto excepcional. En tal sentido, consideramos acertado el inciso introducido en el artículo 270 de la Propuesta de reforma de la LDCG en el que se señala que "la partición de la herencia puede realizarse: 1.º Por el propio testador, en testamento o en otro documento, anterior o posterior a aquél" (cfr. VV. AA., "Propuesta de reforma de la LDCG", cit., p. 2429).

[25] Tal conclusión y su carácter erróneo han sido puestos de relieve por GUTIÉRREZ ALLER ("Réxime económico–familiar e sucesorio..., cit., p. 416).

[26] Opina de igual forma, ALBA PUENTE ("Comentarios al artículo 157.3 LDCG", cit., p. 239).

[27] Además, resultaría carente de sentido volver a regular tales supuestos en la LDCG de un modo más limitado que en el Código civil –testamento "*abierto*", partición "*conjunta*" extratestamentaria posterior efectuada en documento público (cfr. art. 157.3 LDCG)–.

[28] No le convence a ALONSO VISO el argumento de la reiteración normativa, ni tampoco acepta la interpretación que del artículo 157.3 LDCG han dado los primeros comentaristas de la Ley gallega que, según apunta, es la siguiente: el conflicto o contradicción a que el artículo 157.3 LDCG se refiere no puede consistir en una diferencia de valor al estar ésta ya regulada por el artículo 158.1 LDCG. La razón por la que no admite la citada interpretación es porque su admisión "sería tanto como dejar abiertas las puertas a una nueva forma de testar mancomunadamente" (cfr. Ponencia del Curso de especialización en Derecho Gallego, *pro manuscripto*, Santiago de Compostela, 1999, pp. 9–10). En coherencia con lo anterior, el citado

157.3 LDCG a los casos de revocación particional ya que de entenderse así se estaría reduciendo a los limitados moldes que en tal apartado se recogen una facultad que tiene mayor amplitud[29]. Asimismo, que la "*contradicción*" del artículo 157.3 LDCG deba referirse a la alteración del modo de disposición de un objeto debe descartarse por cuanto que supondría admitir una nueva forma de testar, extralimitándose la partición en su función propia.

Como cabe apreciar, la determinación del contenido de la indicada "*contradicción*" no resulta sencilla. Buena prueba de ello es que en la doctrina no existe una solución clara sobre este aspecto: de entre los pocos autores que han estudiado con cierta profundidad la cuestión que comentamos, únicamente se reseña que el supuesto del artículo 157.3 LDCG ha de entenderse referido a una "*contradicción*" en los bienes o a un "*antagonismo genérico*"[30]. Así las cosas, al carecer la indicada "*contradicción*" de contenido claro, creemos que en una futura reforma de la LDCG sería conveniente reestudiar el supuesto contenido en el precepto que comentamos bien dándole una redacción diferente o bien suprimiendo el supuesto de hecho regulado[31].

3. La facultad de pago del haber en bienes "*de un solo causante*":

Efectuadas las consideraciones anteriores sólo nos resta examinar la novedosa facultad contenida en el apartado 2 del artículo 158 LDCG en el que se establece que "*en la partija conjunta por ambos cónyuges el haber correspondiente a cualquier*

---

autor entiende que en el artículo 157.3 LDCG se regula el mismo supuesto que el contenido en el apartado 1 del artículo 158 LDCG pero con algunos matices: el último precepto citado contendría la regla general mientras que el citado en primer lugar se referiría a un régimen jurídico especial para los casos en los que la partición conjunta extratestamentaria reúne los requisitos establecidos en dicho precepto. Tesis que no nos parece acertada, entre otras razones, por la dificultad que el artículo 158.1 LDCG presenta para ser aplicado a una partición testamentaria: en tal caso no estaríamos ante un supuesto de divergencia problemática sino de interpretación de voluntad. Junto con ello, no alcanzamos a adivinar la finalidad que se consigue con la interpretación mantenida por el citado autor, pareciéndonos más bien una interpretación un tanto alambicada a los fines de salvar el precepto.

[29] Así parece haberlo entendido LÓPEZ SUÁREZ, *El testamento mancomunado en la Ley de Derecho civil de Galicia*, A Coruña, 2002, *pro manuscripto*, p. 393. Si ello fuese así, como se señala en el texto, estaríamos ante un texto superfluo, ya que de no existir el referido precepto habría de mantenerse *in totum* la revocabilidad de las atribuciones particionales.

[30] Cfr. ALBA PUENTE, "Comentarios al artículo 157.3 LDCG", cit., p. 240, y DÍAZ FUENTES, *Dereito Civil de Galicia...*, cit., pp. 314 y 315, respectivamente. No estamos de acuerdo con el primero de los autores citados cuando señala que el artículo 157.3 LDCG se limita al supuesto de una "partición conjunta de ambos cónyuges en documento público que, en cuanto a los bienes a los que se refiere, entra en contradicción con un testamento abierto anterior". A lo que creemos, además de ser una referencia un tanto genérica, olvida que el supuesto mencionado puede constituir un caso de revocación perfectamente válido: una partición posterior revoca la distribución particional en cuanto a los bienes establecida en un testamento anterior. ¿Se refiere quizá a que la partición altera el modo de disposición de un bien, o a que dicha partición se refiere a bienes totalmente diferentes de los contenidos en el testamento? Nada apunta el citado autor.

[31] Así parece haberlo efectuado la Comisión que ha elaborado la Propuesta de reforma de la LDCG al eliminar el artículo que comentamos (cfr. VV. AA., "Propuesta de reforma de la LDCG", cit., pp. 2373–2433).

heredero o partícipe en las dos herencias, aunque sea legitimario, podrá ser satisfecho con bienes de un solo causante". La aplicación de la citada facultad resulta, pues, un instrumento al que los cónyuges pueden acudir para distribuir con más facilidad sus patrimonios.

Siendo ello así, y a pesar de que de acuerdo con el tenor literal del precepto transcrito sea posible acudir a dicha facultad en cualquier "*partija conjunta*" efectuada "*por ambos cónyuges*", su aplicación tiene un mejor encaje en los casos de partición conjunta unitaria, siendo más problemática en el caso de la partición conjunta separada[32]. Y ello, porque la satisfacción del haber correspondiente a cualquier heredero con bienes de un solo causante enturbiaría la independencia de las particiones que caracteriza a la modalidad separada de partición conjunta[33]. De todos modos, el artículo 158.2 LDCG permite su aplicación en cualquier partición conjunta, excluyendo por tanto las particiones individuales o la partición que recaiga sobre los bienes de ambos cónyuges pero que no sea efectuada por aquéllos[34].

El indicado precepto constituye, como hemos avanzado, una novedad introducida por la LDCG y supone una alteración al inveterado principio de acuerdo con el cual la legítima ha de pagarse con bienes propios del causante. En efecto, la aplicación de la facultad contenida en el artículo 158.2 LDCG permite pagar la legítima con bienes ajenos[35]. Y es que no es otra la interpretación que cabe efectuar de los términos del mismo: "*podrá ser satisfecho con bienes de un solo causante*", que implícitamente permite la satisfacción de la misma en bienes privativos de ambos y en bienes comunes de ambos[36].

---

[32] Esta distinción, puesta de relieve hace ya tiempo por ALBA PUENTE ("Comentarios al artículo 158.2 LDCG", *Derecho de Sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, coordinados por SÁNCHEZ MERA y otros, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, pp. 244 y ss.), ha sido recogida en la regulación de la partición por testador de la Propuesta para la reforma de la LDCG en los artículos 276 y ss. (cfr. VV. AA., "Propuesta de reforma de la LDCG", cit., pp. 2429 y 2430).

[33] En atención a lo señalado en el texto, el examen de la facultad prevista en el artículo 158.2 LDCG se efectuará fundamentalmente en relación con la partición conjunta unitaria.

[34] Éste sería el caso de una partición realizada por un comisario nombrado *ex* arts. 140 y ss. LDCG sobre los bienes del premuerto y los suyos propios; o también el del contador–partidor nombrado como tal por ambos cónyuges para efectuar la partición de las herencias de ambos. Sobre la facultad de partir atribuida al cónyuge comisario vid. recientemente LEGERÉN MOLINA, "La facultad de partir atribuida al cónyuge comisario por la Ley de Derecho Civil de Galicia", *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Tomo II, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, pp. 1299–1344.

[35] De acuerdo con dicha previsión ZULUETA DE HAZ ("De las partijas –das partillas–", cit., p. 376) ha propuesto que en la LDCG se contemple expresamente en materia de legítimas la excepción abierta por el artículo 158.2 LDCG. Así el citado autor considera que no estaría de más que el artículo 146 LDCG establezca que constituye la legítima las dos terceras partes de la herencia del padre y de la madre, conforme a los llamamientos contenidos en el artículo 808 Cc. Vid. también ALBA PUENTE ("Comentarios al artículo 158.2 LDCG", cit., pp. 243 y 244).

[36] Vid. ALBA PUENTE ("Comentarios al artículo 158.2 LDCG", cit., pp. 243 y 244). La posibilidad de pagar en bienes comunes corrobora la innecesariedad de efectuar la liquidación de la sociedad de gananciales en la partición conjunta unitaria. En efecto, si es posible satisfacer el haber de cualquier heredero o partícipe en ambas herencias con bienes privativos o comunes no será necesario proceder a la

El carácter excepcional que introduce el artículo 158.2 LDCG al principio conforme al cual la legítima se paga en bienes del causante no impide que el cálculo de la misma se deba efectuar por separado. Al margen de ello, el artículo 158.2 LDCG no limita la facultad en él contenida únicamente a los legitimarios sino que permite su aplicación "*a cualquier heredero o partícipe en las dos herencias, aunque sea legitimario*" –expresión que, en nuestra opinión, incluye tanto a los herederos como a los legatarios de parte alícuota[37]–. Así pues, el requisito que impone la norma es ser partícipe en ambas herencias, de modo tal que resulta aplicable al legitimario de uno de los cónyuges que sea heredero voluntario en la herencia del otro o a un heredero voluntario instituido en ambas herencias –no es preciso que el llamamiento en ambas herencias sea el mismo aunque sí ha de ser en cuotas; *ad ex.* un heredero y un legatario de parte alícuota–.

Así las cosas, la aplicación de la facultad que comentamos presenta tres cuestiones que no han sido tenidas en cuenta por el legislador, toda vez que en la LDCG no se ofrece solución alguna para ellas. En primer lugar, el carácter diferido de la plena eficacia de la partición conjunta unitaria plantea un problema para aquellos legitimarios que por aplicación del artículo 158.2 LDCG nada reciben tras el fallecimiento del primer cónyuge –lo que les corresponde en concepto de legítima en las dos herencias se les ha asignado en bienes del supérstite–; en segundo lugar y en atención a la respuesta dada a la primera cuestión, ha de determinarse quiénes responden de las deudas de la herencia; y, por último, ha de solventarse el problema de los títulos de la sucesión.

El primer interrogante que cabe plantearse en relación con la facultad de pago del haber en bienes ajenos viene determinado por el carácter diferido de la plena eficacia de la partición conjunta unitaria. Como es conocido, en esta modalidad de partición conjunta no se produce la plena eficacia de la misma a la muerte del primero de los cónyuges ya que no cabe herencia de persona viva. Por el contrario, la plena eficacia de la partición únicamente tendrá lugar tras el fallecimiento de ambos cónyuges sin alterar o revocar la voluntad particional unitaria[38]. Ello no impide que tras el fallecimiento de uno de los cónyuges se pueda ejecutar la partición referida a su sucesión; ejecución que se encuentra en una situación de provisionalidad –parcialmente similar a la del artículo 1.054 Cc– por cuanto que sigue siendo posible la revocación unilateral por el supérstite, quedando ineficaz en tal caso toda la partición. Pero en fin, en lo que ahora importa, en la sucesión de dos cónyuges puede darse el caso de que el haber correspondiente a dos descendientes legitimarios se haya distribuido asignando a cada uno de ellos únicamente bienes de cada uno de los cónyuges: a un heredero se le asignan solamente bienes del marido y al otro

---

separación de cuáles corresponden al haber de cada cónyuge, lo que no impide que se pueda efectuar dicha liquidación.

[37] Por el contrario, entendemos que no tiene cabida en el artículo 158.2 LDCG el legatario de cosa determinada por la propia naturaleza de dicho legado (cfr. art. 882 Cc).

[38] El artículo 279 de la Propuesta de reforma de la LDCG señala que "en vida de ambos cónyuges, la partija conjunta y unitaria podrá ser revocada por cualquiera de ellos. La revocación no surtirá efecto en tanto no sea notificada fehacientemente al otro cónyuge. La revocación producirá la ineficacia total de la partija" (cfr. VV. AA., "Propuesta de reforma de la LDCG", cit., p. 2430).

únicamente bienes de la mujer. Pues bien, en tal supuesto, cuando acaezca el fallecimiento del primero de los cónyuges, uno de los herederos recibirá todo su haber –el que le correspondía en la herencia materna y paterna– en los bienes del fallecido mientras que el otro heredero no recibirá nada: este heredero recibirá su haber en los bienes del supérstite tras el fallecimiento de este último. La indicada situación supone que uno de los herederos forzosos nada recibe hasta el fallecimiento del cónyuge supérstite con el agravante de que la cuantía real del haber a recibir está en todo caso supeditado a la libertad dispositiva de aquél que, como sabemos, en ningún momento se ve limitada por la partición efectuada. Esta situación, a lo que parece, supone una vulneración de la legítima cuya licitud ha de cuestionarse.

En la doctrina, algún autor ha tratado de dar respuesta a la cuestión apuntada afirmando su licitud, señalando por un lado que el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima ha sido atenuado en el ámbito de la LDCG; y, por otro, que la situación que se deriva del supuesto indicado es de algún modo similar a la del legitimario de una herencia en la que se ha atribuido al cónyuge supérstite el usufructo universal: en ambos casos, los legitimarios no reciben bien alguno[39]. Con todo, a nuestro modo de ver, ambos supuestos no son del todo equiparables por cuanto que existe una clara diferencia entre ellos: en el caso del usufructo universal el legitimario no se posesiona de los bienes pero por lo menos adquiere la nuda propiedad, mientras que por la aplicación de la facultad de pago del haber en bienes de un solo causante *ex* artículo 158.2 LDCG el legitimario puede no recibir nada, ni siquiera la nuda propiedad. Siendo cierto lo anterior, no lo es menos que actualmente la LDCG admite otras figuras que suponen una mayor incertidumbre que la que comentamos[40]. Por ello, en nuestra opinión no resulta desacertado permitir que en aplicación del artículo 158.2 LDCG se produzca un aplazamiento de pago de legítima para uno o varios herederos hasta el fallecimiento del cónyuge supérstite[41]. Ello no obsta para que, junto con dicho aplazamiento, resulte conveniente efectuar tras el fallecimiento del cónyuge supérstite unas operaciones de compensación en el sentido siguiente: por un lado, si lo recibido por un heredero forzoso en bienes del cónyuge primeramente fallecido con cargo a la herencia del supérstite es inferior a lo que debiera recibir por legítima, por ejemplo, por aumentar considerablemente el patrimonio del supérstite, podrá pedir el suplemento de la misma al resto de herederos (art. 815 Cc); si, por el contrario, lo recibido es superior a lo que debiera haber recibido habrá de pagar dicho exceso a los legitimarios que recibieron de

---

[39] Cfr. ALBA PUENTE, "Comentarios al artículo 158.2 LDCG", cit., p. 245.

[40] Piénsese, por ejemplo, en el cónyuge nombrado comisario al que se faculta para instituir –dentro de unos límites– y partir los bienes de la herencia del cónyuge premuerto, junto con la institución y partición de sus bienes propios. En tal caso, la partición de la herencia del premuerto puede verse aplazada hasta el fallecimiento del supérstite e incluso resulta posible que ni siquiera se conozca con exactitud las cuotas de institución.

[41] El mencionado aplazamiento puede señalarse de forma expresa por los cónyuges en el testamento o testamentos de que la partición traiga causa. Dicho aplazamiento de pago ha sido recogido por el artículo 282 de la Propuesta de reforma de la LDCG: "en la partición conjunta y unitaria por ambos cónyuges la legítima de cualquiera de los hijos o descendientes comunes podrá ser satisfecha con bienes de uno sólo de los causantes. En este caso, no podrá reclamarse la legítima hasta el fallecimiento del último de los cónyuges" (cfr. VV. AA., "Propuesta de reforma de la LDCG", cit., p. 2430).

menos. Por tanto, en la partición conjunta unitaria en la que se aplica la facultad del artículo 158.2 LDCG, la plena eficacia tendrá lugar tras el fallecimiento del cónyuge supérstite y posterior compensación de patrimonios entre los legitimarios, si fuere necesario.

Así resuelto el interrogante planteado, hemos de preguntarnos por el régimen de las deudas. Es decir, en aquellos supuestos en que las deudas no se hayan pagado durante la ejecución de la partición, esto es, que se haya consumado la partición sin pagarse aquéllas –aun cuando en nuestro caso sea de modo provisional hasta el fallecimiento del supérstite sin proceder a su revocación–, ¿a quiénes pueden reclamar los acreedores? En principio, como parece lógico, a los herederos. Sin embargo, ¿se podrá reclamar igualmente al heredero que ha recibido todo su haber –tanto el de la herencia materna como paterna– en bienes del fallecido como al que no ha recibido nada? A lo que parece su situación es diferente, pues aun cuando ambos sean los responsables por las deudas existentes en la herencia del primeramente fallecido, uno ha recibido bienes y el otro no ha visto concretada su cuota en bienes determinados. Siendo ello así, a nuestro juicio la resolución de la cuestión que nos ocupa pasa por recurrir a lo establecido por los artículos 1.084 y 1.085 del Código civil.

De acuerdo con el primero de los artículos citados "*hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero a cualquiera de los herederos que no hubiera aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria en el caso de haberla aceptado con dicho beneficio. En uno y otro caso el demandado tendrá el derecho a hacer citar y emplazar a los coherederos, a menos que, por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda*". Según cabe colegir del precepto transcrito, y al margen de otras cuestiones que dicha norma plantea, en él se sienta el criterio general de responsabilidad solidaria de los herederos una vez hecha la partición. Criterio que ha de completarse con lo establecido por el artículo 1.085 Cc que señala que "*el coheredero que hubiese pagado más de lo que corresponde a su participación en la herencia, podrá reclamar de los demás su parte proporcional. Esto mismo se observará cuando, por ser la deuda hipotecaria o consistir en cuerpo determinado, la hubiese pagado íntegramente. El adjudicatario, en este caso, podrá reclamar de sus coherederos sólo la parte proporcional, aunque el acreedor le haya cedido sus acciones y subrogándole en su lugar*".

A la vista de las normas que hemos transcrito, creemos que en el caso planteado podría llegarse a la siguiente solución: dado que no parece muy equitativo que el legitimario que no ha recibido bien alguno tras el fallecimiento del primero de los cónyuges deba soportar en igual medida las deudas del causante –aun cuando sea tan responsable de ellas como el heredero receptor de bienes– cabe entender que "*a consecuencia de la partición*" efectuada de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 158.2 LDCG únicamente queda obligado al pago el heredero receptor[42]. En otras

[42] De acuerdo con la interpretación que hemos recogido en el texto, el heredero receptor sería el obligado al pago, aun cuando él no sea el único responsable de la deuda. En efecto, en este supuesto, y de

palabras: la aplicación de la facultad establecida en el apartado 2 del artículo 158 LDCG implica, salvo disposición en contrario, que haya un acuerdo de "*reparto*" de las deudas que funcionaría del siguiente modo. El heredero receptor "*que no hubiera aceptado la herencia a beneficio de inventario*" pagaría las deudas "*por entero, o hasta donde alcance su porción hereditaria en el caso de haberla aceptado con dicho beneficio*" quedando temporalmente exonerado el heredero que no recibe bienes. Éste, tras el fallecimiento del cónyuge supérstite se haría cargo de sus deudas en la misma forma que el otro legitimario hizo con las del cónyuge primeramente fallecido[43]. Efectuados dichos pagos ambos podrían ejercitar la acción de regreso a que se refiere el artículo 1.085 Cc para recuperar lo que "*hubiese pagado más de lo que corresponde a su participación en la herencia*"; acción que podría ejercitarse junto con la eventual acción de suplemento de legítima a que hemos hecho referencia.

Resuelto el segundo interrogante del modo señalado, únicamente falta referirnos al tercero: el problema de los títulos de la sucesión. En efecto, a la vista de lo hasta ahora expuesto, hemos de preguntarnos a quién sucede el "*heredero o partícipe en las dos herencias, aunque sea legitimario*" cuyo haber sea "*satisfecho con bienes de un solo causante*". A lo que parece, sucedería al causante que tenía la propiedad del bien. Ello nos pondría en la situación de que un heredero forzoso no sucedería a uno de sus ascendientes respecto de quien ostenta tal cualidad. Ante esta problemática, dos son las soluciones a que cabe atender. La primera: entender que al permitir la ley que uno de los herederos forzosos no reciba nada de uno de sus ascendientes, lo que en realidad se está produciendo es una subrogación *ex lege* en la titularidad de los bienes. De acuerdo con esta solución, el heredero receptor se estaría subrogando en la posición del heredero no receptor en cuanto a su legítima. Y la segunda: entender que a través de la confesión de privaticidad y de la presunción de ganancialidad los cónyuges declaran privativos o reconocen la ganancialidad de los bienes que le corresponden a los herederos forzosos de tal modo que éstos, finalmente, suceden a cada uno de los cónyuges en bienes propios, aun cuando en la práctica su haber sea "*satisfecho con bienes de un solo causante*". De acuerdo con esta solución, los herederos suceden a ambos cónyuges en bienes privativos de los mismos o en bienes gananciales por mitad cuya calificación como tales se efectúa por medio de la confesión de privaticidad o la presunción de ganancialidad a que nos referimos (cfr. arts. 1324 y 1.361 Cc).

---

forma similar a lo que sucede en materia de sociedad de gananciales, ha de distinguirse entre quien efectúa el pago y quien es el responsable del mismo. En nuestro caso, el heredero receptor de bienes ha de pagar las deudas aun cuando también sea responsable el heredero no receptor, contra quien el primero tendrá acción de regreso aunque aplazada al fallecimiento del cónyuge supérstite, que es cuando recibirá los bienes que por aquella herencia le correspondan. Junto con ello, si los acreedores reclaman las deudas del cónyuge fallecido al heredero no receptor de bienes, éste podría, en aplicación del artículo 1.084 Cc " *citar y emplazar a los coherederos*" de tal modo que el heredero receptor y "obligado al pago" entraría a formar parte del proceso.

[43] No estaría de más que dicho "*reparto*" se señalase expresamente en una de las cláusulas de la partición.

4. Conclusiones:

A la vista de lo expuesto y ante una futura reforma de la LDGC se propone:

1. Que se suprima el actual artículo 157.3 LDCG habida cuenta de su escasa operatividad, tal y como se justifica en el apartado 2.3 del presente trabajo ("El artículo 157.3 LDCG").

2. Que se dé una nueva redacción al apartado primero del artículo 158 LDCG reconociendo que la partición por testador ha de sujetarse a las disposiciones del testamento y admitiendo la rescindibilidad de la misma por causa de lesión en más de un cuarto si hay expresa fijación de cuotas (vid. 2.2. "El artículo 158.1 LDCG"). Al margen de ello habría de mantenerse el "*derecho de los legitimarios a reclamar, en su caso, el suplemento de legítima*".

3. Que en el artículo 158.2 LDCG se recoja expresamente la posibilidad de aplazar el pago de la legítima cuando se aplique la facultad contenida en dicho precepto, dando cabida a las compensaciones de lo recibido tras el fallecimiento de ambos cónyuges. De igual modo, habría de regularse también el reparto de las deudas en tales casos y la cuestión de los títulos (vid. 3. "La facultad de pago del haber en bienes '*de un solo causante*'").

EL TESTAMENTO MANCOMUNADO ANTE LA REFORMA DE LA LEY 4/1995, DE 24 DE MAYO, DE DERECHO CIVIL DE GALICIA

Marcos A. López Suárez
Doctor en Derecho. Universidade da Coruña

SUMARIO: I. Introducción.– II. Concepto del testamento mancomunado.– III. Testamentifacción activa.– IV. El otorgamiento del testamento mancomunado fuera de Galicia.– V. La forma del testamento mancomunado.– VI. La revocación.– VII. Los actos de disposición y su incidencia sobre el testamento mancomunado.– VIII. La apertura de la sucesión y la copia del testamento mancomunado.– IX. Conclusiones.

I. Introducción:

El testamento mancomunado estaba llamado a erigirse en uno de los principales hitos de la nueva regulación del Derecho civil de Galicia plasmada en la Ley 4/1995, de 24 de mayo[44]. Sin embargo la realidad jurídica reflejada en los protocolos notariales permite constatar una falta de correspondencia entre las expectativas creadas y la práctica de su otorgamiento. Los factores que han contribuido a esta situación son, ciertamente, heterogéneos. En cualquier caso, en mi opinión, el hecho de que el testamento conjunto no hubiese alcanzado el eco inicialmente esperado obedece fundamentalmente al carácter fragmentario y deficiente de su actual regulación.

---

[44] De hecho, la omisión de esta modalidad testamentaria en la *Compilación del Derecho civil especial de Galicia* –sancionada por Ley de 2 de diciembre de 1963– había suscitado numerosas críticas, siendo generalizada en la doctrina la opinión que abogaba por su futura incorporación. En este sentido, *vid.*, entre otros autores, PAZ ARES, J–C., *Instituciones al servicio de la Casa en el Derecho Civil de Galicia*, Talleres Tipográficos Imprenta Núñez, Salamanca, 1964, p. 174; ABRAIRA LÓPEZ, C., *El Derecho foral gallego. Estudio crítico de la Compilación del Derecho civil especial de Galicia*, Porto y Cía. editores, Santiago de Compostela, 1970, p. 111 y «Para un axeitado Dereito foral galego», en AA. VV., *Estudos do Dereito Civil de Galicia*, Sept, Santiago de Compostela, 1973, p. 85; MENÉNDEZ VALDÉS–GOLPE, E., *A reforma da Compilación do Dereito civil de Galicia*, Sept, Santiago de Compostela, 1972, pp. 75–76 y, también del mismo autor, «Presente e futuro do Dereito foral galego», en AA. VV., *Estudos do Dereito Civil de Galicia*, cit., p. 47; LORENZO FILGUEIRA, V., *Realidad e hipótesis de futuro del Derecho foral de Galicia*, Ayuntamiento de Pontevedra, Vigo, 1986, p. 75. En este contexto tampoco resulta ocioso recordar que la conveniencia de restablecer el testamento mancomunado en Galicia figuraba ya de manera expresa entre las conclusiones de la Sección IV (*«CASTRO BOLAÑO»*) del *I Congreso de Dereito Galego* –celebrado en A Coruña, en el mes de octubre del año 1972– que se hacía eco, de esta manera, de los resultados arrojados por la encuesta que la revista Foro Gallego había dirigido a destacados juristas con motivo de la «inminente» revisión y actualización de la Compilación de 1963 (cfr. *Foro Gallego*, núms. 153–154, 1972).

En cuanto a su carácter fragmentario, baste señalar que la Ley gallega no cuenta con una normativa específica ni en materia de testamentifacción activa ni tampoco en lo que atañe a los aspectos generales de la revocación, razón por la cual la remisión a las disposiciones del Código civil se hace inexcusable (art. 3.º1 LDCG). En este orden de ideas, resulta incomprensible que la Ley, después de circunscribir la posibilidad de testar de mancomún a quienes se hallan unidos con vínculo matrimonial (cfr. art. 137 LDCG), no contemple la repercusión de las situaciones de crisis matrimonial sobre el testamento ya otorgado. De igual modo causa cierta extrañeza que el legislador gallego haya puesto especial énfasis en el tema de la revocación, a los fines de evitar que uno de los cónyuges pueda clandestinamente defraudar las expectativas del otro, y que, en cambio, no haga mención alguna a las consecuencias que se derivan de los actos de disposición de bienes comprendidos en las cláusulas testamentarias, máxime cuando los efectos que se producen en uno y otro caso son equivalentes.

Pero además, decíamos, en la regulación del testamento mancomunado gallego se pueden apreciar ciertas deficiencias. Éstas no sólo atañen a cuestiones colaterales como pudiera ser la capacidad de los testigos testamentarios –a quienes se exige «plena capacidad jurídica» (cfr. art. 136 LDCG), como si ésta fuera susceptible de admitir gradaciones– sino que inciden también en aspectos nucleares como son la falta de regulación directa de la forma que ha de revestir el testamento o el atinente a su revocabilidad fallecido uno de los cónyuges, que se contempla en el ininteligible artículo 140 de la Ley, donde precisamente se consideran irrevocables disposiciones que, en buena lógica, debieran ser revocables.

Así las cosas, en la comunicación se intentará exponer de manera pormenorizada las insuficiencias que presenta la normativa vigente que disciplina el testamento mancomunado. Pero ello a la luz de la valoración y examen crítico de la regulación alternativa contenida en la «Propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia»[45].

II. Concepto del testamento mancomunado:

La Ley de Derecho civil de Galicia no contiene una definición de lo que deba entenderse por testamento mancomunado, limitándose a establecer el artículo 137 lo siguiente: *«Los cónyuges gallegos podrán otorgar testamento mancomunado, aun fuera de Galicia»*. En este caso, la falta de un concepto legal trae consigo no pocos interrogantes, los cuales giran, en última instancia, en torno al concepto de correspectividad como nota esencial del testamento conjunto y la forma en que dicha correspectividad debe manifestarse. En otros términos, dada la falta de determinación

---

[45] El documento referido tiene su origen remoto en la creación –por Decreto de la *Xunta* de Galicia– de la *Comisión Superior para o Estudio e Desenvolvemento do Dereito Civil galego*. Dicha Comisión, después de constituirse formalmente el 13 de septiembre de 1999, en sesión de 15 de diciembre del mismo año recibe el encargo por parte del *Conselleiro de Xustiza, Interior e Relacións Laborais* de elaborar un texto sobre la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia. Tras un período aproximado de doce meses, en los que se realizaron diversos borradores y se procedió a su coordinación, la Comisión concluye una primera versión del trabajo. Para una consulta del texto propuesto por la Comisión, *vid.* AA. VV., *Libro homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Vol. 2.º, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002.

legal al respecto, cabría preguntarse si el testamento mancomunado ha de ser por definición correspectivo y, en íntima conexión con la cuestión anterior, si la correspectividad debe ser expresamente declarada por los otorgantes o si, por el contrario, es factible una correspectividad presunta[46].

La Propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia deja menos margen a la duda toda vez que en el artículo 187 ofrece una definición del testamento mancomunado en los siguientes términos: *«1. É mancomunado o testamento cando se outorga por dúas ou máis persoas nun único instrumento notarial.– 2. Os outorgantes que fosen esposos poderán, ademais, establecer disposicións correspectivas. Son correspectivas as disposicións de contido patrimonial cunha eficacia que estivese reciprocamente condicionada por vontade expresa dos outorgantes. A correspectividade non se presume»*[47].

Así pues, con el tenor literal del artículo 187 de la Propuesta como punto de partida cabría ya entresacar las conclusiones siguientes: 1) el testamento mancomunado no tiene por qué ser necesariamente correspectivo; es más, dicha posibilidad sólo existiría cuando el testamento fuese otorgado por quienes tuviesen la condición de cónyuges entre sí; y 2) la correspectividad ha de manifestarse de manera expresa en el propio testamento.

III. Testamentifacción activa:

La Ley de Derecho civil de Galicia limita la posibilidad de testar mancomunadamente a quienes se hallan vinculados entre sí por vínculo matrimonial (cfr. art. 137 LDCG)[48]. En contraste con este criterio, la Propuesta de reforma

---

[46] La cuestión no es, en modo alguno, baladí toda vez que la forma de revocación de las disposiciones testamentarias varía en función de su naturaleza correspectiva.

[47] En este sentido puede apreciarse la similitud existente con la regulación contenida en la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón, que en su artículo 105.1 establece lo siguiente: *«Son correspectivas entre sí las disposiciones de contenido patrimonial de uno y otro testador cuya eficacia, por voluntad declarada de ambos en un mismo testamento o contrato sucesorio, estuviera recíprocamente condicionada, sea en beneficio mutuo o de tercero. La correspectividad no se presume»*. En términos similares se pronuncia el § 2270.1 del BGB, a tenor del cual son correspectivas aquellas disposiciones *«de las cuales ha de deducirse que la disposición de uno no se habría adoptado sin la disposición del otro»*, circunscribiendo en el número 3 tales disposiciones a *«instituciones de herencia, legados y modos»*; sin embargo, en el Derecho alemán, no se exige que la correspectividad sea expresa, de suerte tal que, como establece el § 2270.2 del BGB, *«en la duda ha de deducirse una tal relación de las disposiciones entre sí si los cónyuges se designan mutuamente o si es hecha a un cónyuge por el otro una atribución, y para el caso de sobrevivencia del designado es adoptada una disposición a favor de una persona que es pariente del otro cónyuge o que se relaciona con él de otra manera»*.

[48] Una concepción idéntica del testamento mancomunado, en tanto sólo pueden hacer uso de él quienes están unidos en matrimonio, es mantenida en la Ley de Derecho civil foral del País Vasco. De hecho, el artículo 49 de la citada Ley –en lo que a Vizcaya se refiere– establece expresamente: *«Los cónyuges podrán disponer conjuntamente de sus bienes en un sólo instrumento, mediante el testamento mancomunado o de hermandad»*; a su vez, –en relación con el Derecho de Guipúzcoa– el artículo 172.1 prescribe: *«Mediante el testamento mancomunado podrán ordenar la sucesión en el caserío a través de un solo instrumento, en el que podrán disponer del resto de sus bienes»*. También en el ámbito del Derecho alemán, el § 2265 BGB limita la testamentifacción a las personas casadas entre sí, al disponer que *«un testamento mancomunado sólo puede ser otorgado por cónyuges»*. Por el contrario, tanto en Aragón como en Navarra el testamento

amplía, al menos teóricamente, la testamentifacción activa en el sentido de que cualesquiera personas que reúnan los requisitos genéricos para testar podrán hacerlo mancomunadamente[49].

Sin embargo, a lo que creo, esa ampliación de la testamentifacción activa resulta más aparente que real. Y ello por cuanto que si bien se confiere la facultad de otorgar testamento mancomunado a quienes no son cónyuges entre sí, lo cierto es que la adopción de disposiciones correspectivas –que aunque no sean consustanciales al testamento conjunto, en último término lo singularizan– se restringe a los cónyuges. Siendo ello así, el interés de dos personas unidas por una relación distinta a la del matrimonio en otorgar un testamento mancomunado –en tanto que no pueden vincular sus disposiciones testamentarias– queda minimizado. Por ello, en mi opinión, sería deseable seguir circunscribiendo la testamentifacción activa a quienes son cónyuges entre sí o, en su defecto, permitir que los testadores, con independencia de la relación que medie entre ellos, puedan condicionar recíprocamente sus disposiciones.

Al hilo de esta cuestión, resulta llamativo que en la vigente Ley de Derecho civil de Galicia no sea objeto de tratamiento la incidencia sobre el testamento mancomunado de las hipótesis de cesación de la vida conyugal. En efecto, a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones territoriales, la Ley 4/1995, de 24 de mayo, no contiene ninguna disposición que regule los efectos que para el testamento mancomunado se siguen de aquellos supuestos en que el matrimonio que constituye la base de dicho testamento se interrumpe[50].

---

de hermandad se concibe en términos más amplios, de suerte tal que este testamento puede ser otorgado por dos o más personas sin necesidad de que entre ellas medie vínculo matrimonial; así resulta del artículo 102.1 de la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón, de acuerdo con el cual: *«Los aragoneses, sean o no cónyuges o parientes, pueden testar de mancomún, aún fuera de Aragón»* y de la ley 199, párr. 1.º, de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra, a cuyo tenor: *«Es testamento de hermandad el otorgado en un mismo instrumento por dos o más personas»*.

[49] Como señala MERINO HERNÁNDEZ, J. L. («Comentario al artículo 102 de la Ley de sucesiones aragonesa», en AA. VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXIV, Vol. 1.º, EDERSA, Madrid, 2002, p. 720, nota 3) en relación con el Derecho aragonés, pero en opinión aplicable al Derecho gallego, los testamentos mancomunados entre personas no casadas serían susceptibles de reconducirse a dos situaciones: la de las parejas de hecho, por un lado y la de hermanos solteros, por otro.

[50] En relación con el problema de la «crisis matrimonial» sobrevenida al otorgamiento del testamento mancomunado, es posible distinguir, con DÍAZ FUENTES, dos actitudes en las distintas legislaciones civiles que coexisten en España: de una parte, la de aquellos Derechos que contienen una disposición específica regulando los efectos que de la separación, nulidad y divorcio se siguen para el testamento mancomunado; de otra parte, la de aquellos otros Derechos que no contemplan el supuesto en cuestión. A la primera de las categorías indicadas pertenecerían la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón, la Compilación de Derecho civil foral de Navarra y la Ley de Derecho civil foral del País Vasco, en lo que a Guipúzcoa se refiere. En estos textos legales la solución es sustancialmente similar y consiste en considerar ineficaces tanto las liberalidades concedidas entre los cónyuges en el testamento como las disposiciones recíprocamente condicionadas. En concreto, a tenor del artículo 123 de la citada Ley aragonesa: *«Salvo que del testamento resulte que la voluntad del testador o testadores fue otra, no surtirán efecto las disposiciones correspectivas entre los cónyuges, ni las liberalidades concedidas en testamento por uno de ellos al otro, si al fallecer aquél estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin»*. Por su parte, el párrafo

El silencio legal al que se ha hecho referencia ha llevado a la doctrina a afirmar, *lege data*, que en las hipótesis de «crisis matrimonial» posterior al otorgamiento del testamento mancomunado, éste va a mantener su vigencia, salvo ulterior manifestación de voluntad en contrario –bien modificándolo, bien revocándolo–[51].

Sin embargo, como ponen de manifiesto diversos autores, el automatismo de dicha solución podría dar lugar a resultados manifiestamente injustos en aquellos casos en los que tras haberse declarado la separación o el divorcio se produce el fallecimiento de uno de los cónyuges sin haber revocado el testamento. Y ello por cuanto que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 140 de la Ley de Derecho civil de

---

primero de la ley 201 de la Compilación de Navarra establece: *«Si el testamento de hermandad se hubiera otorgado por marido y mujer, la sentencia posterior de nulidad del matrimonio, de divorcio o de separación produce la ineficacia de las liberalidades que en él se hubieran concedido los cónyuges y de las demás disposiciones que uno de los testadores hubiera establecido sobre su propia herencia y que tenga su causa en las disposiciones del otro»*. A su vez, conforme al artículo 174.1 y 2 de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco: *«1. Las sentencias de nulidad del matrimonio, de divorcio y de separación harán ineficaces las liberalidades que los cónyuges se hubieren concedido en el testamento mancomunado.– 2. También provocarán la ineficacia de las disposiciones que cualquiera de los consortes hubiere realizado sobre su propia herencia, siempre que tuvieren su causa en las disposiciones del otro* (...)*»*. Por el contrario, tanto la Ley de Derecho civil de Galicia como la propia Ley de Derecho civil foral del País Vasco –en lo atinente a Vizcaya– se inscribirían en el segundo grupo de legislaciones, esto es, aquellas que no regulan directamente la incidencia en el testamento mancomunado de la nulidad, de la separación o del divorcio (cfr. DÍAZ FUENTES, A., *Dereito Civil de Galicia. Comentarios á Lei 4/1995*, Seminario de Estudos Galegos, Santiago de Compostela, 1997, p. 271, con la salvedad de que el citado autor –dada la fecha de su trabajo– se refiere a la Compilación del Derecho civil de Aragón en vez de a la Ley de sucesiones por causa de muerte y no toma en consideración la normativa del Derecho guipuzcoano). En cualquier caso, en relación con el Derecho vizcaíno se impone efectuar una aclaración ulterior: y es que si bien la Ley de Derecho civil foral del País Vasco no regula específicamente la repercusión de la nulidad, separación y divorcio en el testamento mancomunado, no debe obviarse que la propia Ley establece con carácter general la pérdida de los derechos sucesorios en la herencia del consorte por parte del *«divorciado o el cónyuge separado por causa a él imputable»* (art. 59 LDCFPV).

[51] Así lo han entendido MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Del testamento mancomunado», en AA. VV., *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, Consejo General del Notariado, Madrid, 1996, p. 139; ALONSO VISO, R., «El testamento mancomunado en el Derecho gallego», en *Revista Xurídica Galega*, núm. 14, 1996, p. 24 y LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA. VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXII, Vol. 2.º, EDERSA, Madrid, 1997, p. 1070. Por lo que se refiere al Derecho vizcaíno, que tampoco contiene ninguna previsión específica acerca de las consecuencias que para el testamento mancomunado pudieran derivarse de una posible declaración de nulidad, de separación o de divorcio, AFONSO RODRÍGUEZ llega a una conclusión parcialmente similar. A juicio de esta autora, el silencio legal en la materia conduciría indefectiblemente a admitir la subsistencia del testamento mancomunado en los casos de separación efectiva de los cónyuges y de disolución del matrimonio declarada judicialmente (args. *ex* arts. 50 y 51 LDCFPV); por el contrario, en los supuestos de nulidad matrimonial, ante la falta de regla expresa en la Ley, habría que entender que la sentencia de nulidad lleva anudada como efecto, al menos para el cónyuge de mala fe, la invalidez del testamento mancomunado (cfr. AFONSO RODRÍGUEZ, E., «El testamento mancomunado», en *RCDI*, núm. 633, 1996, pp. 429–430, nota 166). Sin embargo, en relación con el parecer expuesto, no resulta ocioso recordar que, en el ámbito normativo referido, el artículo 59 de la Ley de Derecho civil foral del País Vasco establece la pérdida de los derechos sucesorios en caso de divorcio y de separación.

Galicia, la revocación está sujeta a importantes restricciones (cfr. art. 140 LDCG)[52].

Por esta razón, se habría considerado oportuno la presencia en la Ley gallega de una norma similar a la contenida en otros Derechos forales, como el aragonés (cfr. art. 123 LSCM) o el navarro (cfr. ley 201 CDCFN), que sancionase expresamente la ineficacia tanto de las liberalidades que los cónyuges se hubiesen concedido en el testamento como de las disposiciones recíprocamente condicionadas[53].

Al objeto de paliar los inconvenientes descritos, la Propuesta de reforma sanciona ya de manera explícita –aunque sin referirlo específicamente al testamento conjunto– la ineficacia de las disposiciones otorgadas en favor del cónyuge en caso de que estuviese declarada la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación –o estuviesen en curso los procedimientos dirigidos a tal fin– o existiese entre los cónyuges una separación de hecho que constase fidedignamente. Y ello, siempre y cuando del testamento no resultare lo contrario[54].

Con todo, a pesar del notable avance que representa, la medida prevista en la Propuesta de reforma continúa sin dar respuesta a los interrogantes que las disposiciones correspectivas que tuviesen por beneficiarios a personas distintas de los propios cónyuges pudieran plantear, en orden a su subsistencia, en los supuestos de «crisis matrimonial».

IV. El otorgamiento del testamento mancomunado fuera de Galicia:

Como es sabido, la Ley de Derecho civil de Galicia establece expresamente la posibilidad de que los cónyuges puedan otorgar el testamento mancomunado *«aun fuera de Galicia»* (art. 137 *in fine* LDCG). En la misma línea el artículo 188 de la Propuesta dispone lo siguiente: *«Os galegos poderán outorgar testamento mancomunado en Galicia ou fóra dela»*.

Pues bien, a mi juicio, tanto el inciso final del artículo 137 de la Ley como el artículo 188 de la Propuesta plantean serias dudas de constitucionalidad. Ello porque los citados preceptos, si bien no constituyen una «norma de conflicto»[55], sino lo que

---

[52] Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Del testamento mancomunado», cit., p. 139 y LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pp. 1070–1071.

[53] Cfr. LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., p. 1070. En idéntico sentido se manifiesta ALONSO VISO, R. («El testamento mancomunado en el Derecho gallego», cit., p. 24, nota 41) para quien, además, «parece ilógico que, por una parte, se exija que los otorgantes sean cónyuges para la existencia del testamento mancomunado y, por otra, se permita su subsistencia aunque dejen de serlo».

[54] En concreto, el artículo 208 de la Propuesta de reforma dispone lo siguiente: *«Salvo que do testamento resulte outra cousa, as disposicións en prol do cónxuxe non producirán efecto se ó falece–lo testador estivera declarada xudicialmente a nulidade do matrimonio, decretado o divorcio ou a separación, ou se atopasen en trámite os procedementos dirixidos a ese fin. Tampouco producirán efecto nos casos de separación de feito entre os cónxuxes que conste fidedignamente»*.

[55] Por «norma de conflicto» cabría entender aquella que determina la ley aplicable a una determinada institución o categoría jurídica a través de un elemento específico denominado «punto de conexión» (*vid.*, al respecto, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 399 y ss.).

en la terminología del Derecho internacional privado se denomina «norma material espacialmente autolimitada»[56], podrían representar una vulneración del régimen de competencia para el establecimiento de normas en materia de conflictos de leyes (cfr. art. 149.1.8.ª CE).

En síntesis, la cuestión estriba en dilucidar si la expresión *«normas para resolver los conflictos de leyes»* (*ex* art. 149.1.8.ª CE) comprende la totalidad de normas de Derecho internacional privado –incluidas las «normas materiales espacialmente autolimitadas»– o si, por el contrario, se circunscribe sólo a las denominadas normas de conflicto[57]: si la expresión del artículo 149.1.8.ª de la Constitución española se entiende en términos estrictos, el *modus operandi* del legislador gallego sería indiscutible desde un punto de vista constitucional; en el caso contrario, habría que llegar a una conclusión diferente.

La interpretación restrictiva de la expresión *«normas para resolver los conflictos de leyes»* –que conduciría a su equiparación con las «normas de conflicto»– tendría a su favor los siguientes argumentos[58]: a) en primer lugar, la conexión que para la doctrina internacional privatista tradicional media entre normas de conflicto y conflictos de leyes; b) en segundo lugar, la existencia en los Estatutos de Autonomía de preceptos que, tras afirmar la eficacia territorial del Derecho civil autonómico, excepcionan dicha regla con cláusulas del estilo tales como *«sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia»* u otras similares[59]; c) y, en tercer lugar, la presencia en las Compilaciones de Derecho civil de normas que delimitan su esfera de actuación[60].

Ahora bien, a mi juicio, estos datos no son concluyentes a fin de identificar la expresión constitucional *«normas para resolver los conflictos de leyes»* con la de «normas de conflicto». En efecto, en relación con el primero de los argumentos expuestos, si los conflictos de leyes se conciben tal y como se hacía desde una perspectiva histórica, esto es, como «la elección de una ley entre varias teóricamente aplicables a los fines de solucionar un problema de tráfico jurídico externo ya planteado», sólo las denominadas normas de conflicto bilaterales, por cuanto que

---

[56] Por tal habría que entender toda norma que proyecta su aplicación hacia determinados supuestos conectados territorialmente con el foro y que comprende, en sí misma, la consecuencia jurídica (*vid.*, en este sentido, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, cit., pp. 175–177).

[57] Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «El sistema español de derecho internacional privado», en AA. VV., *Derecho internacional privado* (PÉREZ VERA, E., directora), 4.ª ed., UNED, Madrid, 1993, p. 63.

[58] Cfr. GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., «El sistema español...», cit., p. 63.

[59] A título de ejemplo puede mencionarse aquí el artículo 7.º1 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, a cuyo tenor: *«Las normas y disposiciones de la Generalidad y el Derecho civil de Cataluña tendrán eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que pueden establecerse en cada materia y de las situaciones que hayan de regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad»*.

[60] Tal es el caso de la ley 200 de la Compilación del Derecho civil foral de Navarra (*«Los navarros pueden otorgar testamento de hermandad tanto en Navarra como fuera de ella, así en España como en el extranjero»*).

permiten tomar en consideración más de una ley, pueden resolver dichos conflictos[61].

Sin embargo, la moderna doctrina de Derecho internacional privado ha venido señalando la inadecuación existente entre el término «conflicto de leyes» y el significado que trataba de atribuírsele, en el sentido de que sólo hay un verdadero conflicto cuando las leyes que concurren a la regulación de un mismo supuesto contienen soluciones materialmente distintas y cuando, además, concurre un interés específico del sistema del foro en relación a los sistemas extranjeros[62]. De ahí que se haya propuesto su sustitución por otra expresión que ofrezca una visión más exacta y acorde de la realidad que se pretende reflejar[63].

Sea como fuere, este planteamiento doctrinal parece haber encontrado confirmación en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, para quien la identificación, sin más, entre las expresiones «normas para resolver los conflictos de leyes» y «norma de conflicto» no es correcta. En este sentido resulta ciertamente significativa la sentencia 72/83, de 29 de julio, en la que se declara inconstitucional la Disposición final primera de la Ley del País Vasco núm. 1/1982, de 11 de febrero, sobre cooperativas, a cuyo tenor: *«La presente Ley se aplicará a todas las cooperativas con domicilio en la Comunidad Autónoma del País Vasco, con independencia de su ámbito territorial de actuación»*[64]. A los efectos que ahora interesan, lo verdaderamente relevante radica en el hecho de que se declara inconstitucional, no una norma de conflicto en sentido técnico, sino lo que la doctrina denomina «norma material autolimitada», es decir, una norma similar a la de los artículos 137 *in fine* de la Ley de Derecho civil de Galicia y 188 de la Propuesta. Por ello, con fundamento en el referido pronunciamiento, cabría inferir que la locución *«normas para resolver los conflictos de leyes»* comprende, no sólo las normas de conflicto, sino también todas las demás técnicas de reglamentación de los supuestos del tráfico internacional privado.

Por lo que respecta a las restantes razones que pretenden avalar una significación restringida de la expresión «normas de conflicto», esto es, la existencia en los Estatutos de Autonomía de preceptos que excepcionan la eficacia territorial del Derecho civil autonómico, así como la presencia en las Compilaciones de Derecho civil de normas que delimitan su esfera de actuación, tampoco resultan

---

[61] FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho internacional privado*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 100.

[62] Cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho internacional privado*, cit., pp. 101–102.

[63] En este contexto cabría destacar las expresiones de «coexistencia y coordinación de ordenamientos» o la de «problema del Derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales en relación con el ejercicio de los derechos particulares» propuestas, respectivamente, por AGUILAR NAVARRO y GONZÁLEZ CAMPOS (cfr. FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho internacional privado*, cit., p. 103).

[64] Dos fueron los motivos que llevaron al Tribunal Constitucional a apreciar la inconstitucionalidad de la norma: por un lado, el hecho de que la Ley tomase en consideración un ámbito territorial de aplicación superior al autonómico y, por otro, el que la disposición, al conferirse a sí misma prevalencia en función del criterio del domicilio, se configurase como una norma para resolver los conflictos que, eventualmente, se pudieran suscitar con otras leyes (cfr. STC 72/83, de 29 de julio, FJ 6, *BOE* núm. 197, de 18 de agosto).

convincentes. En relación con los Estatutos, no resulta ocioso recordar que los mismos no dejan de ser normas estatales, razón por la cual sus previsiones acerca de la extraterritorialidad de los Derechos autonómicos no contradirían el régimen de competencia establecido en el artículo 149.1.8.ª de la Constitución. En cuanto a las Compilaciones, tampoco debe obviarse que éstas son anteriores a la Constitución y que, por tanto, al menos en sus orígenes, se configuraron también como normas estatales.

En suma, el hecho de que el artículo 149.1.8.ª de la Constitución no matice la competencia en materia de normas para resolver los conflictos de leyes[65], unido a la jurisprudencia constitucional y a la necesidad de adaptar las diversas Compilaciones a los principios y reglas constitucionales organizatorias, confirman el carácter exclusivo de aquella competencia y, por tanto, la interdicción de toda intromisión por parte de las Comunidades Autónomas en esta materia[66]. De esta manera se comprende que el artículo 137 *in fine* de la Ley de Derecho civil de Galicia y el artículo 188 de la Propuesta presenten visos de inconstitucionalidad.

V. La forma del testamento mancomunado:

La Ley de Derecho civil de Galicia no contiene ningún precepto que regule de manera directa la forma que ha de revestir el testamento mancomunado. De hecho, el artículo 136 del citado Cuerpo legal se limita a establecer lo siguiente: *«El testamento abierto podrá ser individual, mancomunado o por comisario»*[67].

---

[65] A diferencia de lo que sucede, *v. gr.*, con la determinación de las fuentes del Derecho civil.

[66] En todo caso, no han faltado autores, como GÓNZALEZ CAMPOS, J. D., («El sistema español...», cit., p. 64) partidarios de flexibilizar la atribución estatal de la competencia objeto de estudio y conferir, en ciertos supuestos, potestad a las Comunidades Autónomas para delimitar el ámbito de aplicación de sus propias normas. En concreto, a juicio del citado autor, «no parece que vulnere el artículo 149,1,8.ª, de la Constitución el admitir que, siempre que la misma naturaleza de una institución foral lo justifique y de acuerdo con la tradición histórica de ese ordenamiento, pueda el legislador de una Comunidad histórica determinar el ámbito de aplicación espacial del propio Derecho material, foral o especial, a la par que modifica o desarrolla éste; debiendo excluirse tal facultad, en cambio, respecto de otras normas directas, ya se trate de normas directas, ya se trate de normas materiales especiales o de normas materiales imperativas». En la misma línea de pensamiento se manifiestan ARCE JANÁRIZ, A., *Constitución y Derechos civiles forales*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 185 y ss.; Ídem, *Comunidades Autónomas y conflictos de leyes*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 110–111; y BORRÁS RODRÍGUEZ, A., *Calificación, reenvío y orden público en el Derecho interregional español*, UAB, Bellaterra, 1984, p. 13. En contra de que las Comunidades Autónomas puedan determinar los destinatarios de las normas por ellas elaboradas se muestra GARAU JUANEDA, L., («Comunidades Autónomas y Derecho interregional», en AA. VV., *Constitución, Comunidades Autónomas y Derecho internacional*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 1982, p. 143), para quien, sobre la base de una interpretación histórica y objetiva del artículo 149.1.8.ª de la Constitución española, habría que concluir que «la comunidad autónoma posee potestad legislativa en relación con los elementos material y temporal de sus normas jurídicas, pero no le corresponde determinar su elemento espacial».

[67] En relación con la norma expuesta baste señalar la falta de rigor técnico del legislador gallego al emplear un criterio enunciativo en el que se entremezclan cuestiones jurídicas diversas como son el carácter unipersonal y pluripersonal del testamento, por un lado, y el carácter personal o delegable del mismo, por otro. Para esta opinión, cfr., asimismo, MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «El testamento abierto notarial», en AA. VV., *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*,

Así las cosas, tomando como referente el precepto transcrito, y dada la falta de una regulación expresa en la materia, la doctrina no se ha pronunciado de manera uniforme. Es más, las opiniones formuladas por la doctrina podrían reconducirse a dos posiciones antagónicas: por un lado, considerar que la forma abierta es la única que puede adoptar el testamento mancomunado[68]; por otro lado, estimar que el testamento conjunto es susceptible de ser otorgado en cualquiera de las formas testamentarias admitidas en el Derecho español[69].

La Propuesta de Ley de Derecho civil de Galicia despeja toda la incertidumbre que plantea la vigente regulación toda vez que, como se ha tenido oportunidad de señalar, se establece que el testamento mancomunado debe ser otorgado en un *«instrumento notarial»*, precisándose en el artículo 189 que *«o testamento mancomunado haberá de outorgarse en forma aberta notarial»*[70].

En este orden de ideas, la previsión de futuro resulta, a mi juicio, plenamente satisfactoria. Y ello por las tres siguientes razones:

En primer lugar, la forma abierta notarial permite eliminar cualquier atisbo de duda sobre uno de los tradicionales defectos imputados al testamento conjunto: la captación de voluntad de uno de los otorgantes por parte del otro; al menos así sucederá salvo que se admita que la sugestión pueda tener lugar en presencia de quien, por Ley, debe cerciorarse de la espontaneidad y libertad de las manifestaciones que ante él se realizan.

Del mismo modo, la forma abierta notarial, al permitir el asesoramiento de una persona experta en Derecho, se erige en un instrumento óptimo para garantizar la plasmación de la verdadera voluntad de los testadores; aspecto este último no carente

---

cit., pp. 115–116; DÍAZ FUENTES, A., *Dereito civil de Galicia*, cit., pp. 264 y 267–268; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA. VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXII, Vol. 2.º, cit., p. 986.

[68] Cfr. GUTIÉRREZ ALLER, V., «Réxime económico–familiar e sucesorio na Lei de Dereito Civil de Galicia», en AA. VV., *Dereito civil de Galicia. (Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de Maio)*, Revista Xurídica Galega, Santiago de Compostela, 1995, p. 401; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., pp. 986–987 y también del mismo autor «Comentario al artículo 137 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA. VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXII, Vol. 2.º, cit., p. 1032; PÉREZ ÁLVAREZ, M. A., «Comentario a los artículos 141 y 142 de la Ley de Derecho civil de Galicia», en AA. VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXII, Vol. 2.º, cit., pp. 1115–1118; LÓPEZ SUÁREZ, M. A., «La intervención del Notario en el otorgamiento del testamento mancomunado gallego», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 5, 2001, pp. 374–376.

[69] Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «El testamento abierto notarial», cit., p. 117; CORA GUERREIRO, J. M. y GIL CABALLERO, M.ª J., «Del testamento por comisario», en AA. VV., *Derecho de sucesiones de Galicia. Comentarios al Título VIII de la Ley de 24 de mayo de 1995*, cit., p. 146; ALONSO VISO, R., «El testamento mancomunado en el Derecho gallego», cit., pp. 25–26; DÍAZ FUENTES, A., *Dereito civil de Galicia*, cit., pp. 264 y 267–268.

[70] Desde una perspectiva meramente formal y atendiendo al principio de la economía del lenguaje el artículo 189 de la Propuesta devendría innecesario si en la definición del testamento mancomunado formulada en el artículo 187.1 se hiciese constar la expresión «en forma abierta»: *«É mancomunado o testamento cando se outorga, **en forma aberta**, por dúas ou máis persoas nun único instrumento notarial».*

de relevancia habida cuenta de la complejidad que las disposiciones conjuntas pueden entrañar.

Por último, aunque sea con un carácter más específico, cabe ya destacar la función que la forma abierta puede desempeñar en orden a asegurar la efectiva capacidad de los otorgantes en aquellos casos en que uno de ellos, aún siendo incapaz de hecho, no hubiera sido incapacitado (cfr. art. 665 Cc)[71].

VI. La revocación:

En el marco de la actual normativa del testamento mancomunado el legislador gallego ha establecido una regulación diferenciada en función del modo en que se intenta llevar a cabo la revocación. En concreto, ha procedido a la distinción entre revocación conjunta o de *«forma mancomunada»*, por un lado, y revocación unilateral, por otro (cfr. art. 138 LDCG). Asimismo, en el caso de la revocación unilateral ha efectuado una subdivisión ulterior atendiendo al momento en que el testador pretende revocar sus disposiciones testamentarias. De este modo cabe hablar de revocación unilateral en vida de ambos testadores (cfr. art. 139 LDCG) y de revocación unilateral tras la muerte de uno de ellos (cfr. art. 140 LDCG).

Precisado lo anterior, cabe ya adelantar que es en sede de revocación unilateral donde se presentan las deficiencias más acusadas. Centrando ahora la cuestión en la revocación en vida de ambos otorgantes, la regulación de los requisitos establecidos al efecto en la Ley –esto es, que el testamento revocatorio revista la forma abierta notarial y la notificación de la revocación al cootorgante (cfr. art. 139 LDCG)– presentan numerosos interrogantes.

Así las cosas, por lo que respecta a la forma del testamento revocatorio, no se comparte el criterio seguido por el legislador gallego por considerarlo demasiado rígido. Y ello desde un doble punto de vista. En primer lugar, porque circunscribe la revocación unilateral del testamento mancomunado al otorgamiento de un nuevo testamento; es decir, los pactos sucesorios quedan excluidos como instrumentos *ad hoc*[72]. En segundo lugar, porque la única forma testamentaria a través de la cual se puede operar la revocación unilateral, con independencia de la naturaleza de las cláusulas que se pretendan modificar, es la abierta notarial[73]. En este sentido, si la finalidad del legislador al sujetar la revocación unilateral al otorgamiento de un testamento abierto notarial estriba en que el cónyuge no revocante tenga conocimiento de la revocación de las disposiciones correspectivas, siempre que se

---

[71] Haciéndose eco de las dos primeras virtudes de la forma abierta notarial con respecto al testamento mancomunado señaladas en el texto, cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «El testamento abierto notarial», cit., p. 118.

[72] Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Del testamento mancomunado», cit., pp. 131–132 y LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., p. 1060.

[73] Al respecto DÍAZ FUENTES (*Dereito civil de Galicia...*, cit., p. 269) considera plenamente fundada la elección del legislador gallego: la forma abierta estaría justificada por cuanto que es la única que se conjuga con la notificación de la revocación prevista en la propia Ley; la forma notarial, a su vez, se explicaría porque las restantes formas del testamento abierto –esto es, en inminente peligro de muerte (cfr. art. 700 Cc) y en caso de epidemia (cfr. art. 701 Cc)– revisten un carácter coyuntural.

adopten mecanismos simultáneos tendentes a garantizar ese conocimiento, no habría razón alguna para que la revocación unilateral de las restantes disposiciones estuviera sometida a límites de índole formal tan estrictos. En otros términos, no debería haber inconveniente alguno para que en tales casos la revocación de las disposiciones no correspectivas pudiera materializarse tanto en testamento, en sus diversas formas, como en pacto sucesorio[74].

Con todo, no es éste el criterio asumido por los autores de la Propuesta de reforma, que en su artículo 192.1 dispone expresamente lo siguiente: *«A revogación do testamento mancomunado deberá facerse en testamento aberto notarial»*. Así pues, la rigidez comentada aparece acentuada, aún más si cabe, en la medida en que a tenor del precepto transcrito también el testamento conjunto otorgado por quienes no son cónyuges, y que, por tanto, no contiene disposiciones correspectivas, ha de ser revocado a través de un testamento abierto notarial.

En lo atinente al requisito de la notificación, las dudas que se suscitan en la actual Ley de Derecho civil de Galicia son numerosas. Así, a título meramente enunciativo cabe preguntarse si dicha notificación es preceptiva o si, por el contrario, puede prescindirse de ella cuando se acredite que el cónyuge del revocante tuvo conocimiento de la revocación por otros medios; cómo debe ser entendido el plazo de los diez días que la Ley establece para su práctica; o en fin, cuáles son los efectos que se siguen de su omisión[75].

La Propuesta de reforma introduce en esta materia una mayor dosis de racionalidad. En este sentido los autores de la referida Propuesta han considerado oportuno establecer un régimen diferenciado en función de que el testamento mancomunado contuviese o no disposiciones correspectivas. La notificación de la revocación cuando el testamento no encierra cláusulas recíprocamente condicionadas debe practicarse en el domicilio de los cootorgantes y no está supeditada a requisito temporal alguno; asimismo, su incumplimiento no afectará a la validez de la

---

[74] Para esta opinión, cfr., igualmente, MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Del testamento mancomunado», cit., p. 132.

[75] La Ley de Derecho civil de Galicia no establece de manera concluyente las consecuencias que para la revocación unilateral del testamento mancomunado se siguen de la falta de notificación. El artículo 139.2 de la citada Ley únicamente dispone que la revocación no tendrá efecto si la notificación no se pudo llevar a cabo por no coincidir el domicilio señalado –bien por ambos cónyuges en el propio testamento mancomunado bien por el cónyuge revocante– con el domicilio real. Aparentemente, pues, la Ley gallega sanciona la ineficacia de la revocación sólo en caso de que la notificación no se hubiera practicado por no corresponderse la dirección señalada con la real. De entrada, la circunstancia de que el legislador gallego no siente una regla general y se ciña a fijar el efecto que de la falta de notificación se deriva en una hipótesis concreta, resulta de por sí criticable. Pero es que, además, el supuesto de hecho contemplado por el legislador gallego carece de toda relevancia. Máxime si se tiene en cuenta que los supuestos en que no existe correlación entre el domicilio real y aquél en que se intenta la notificación pueden ser equiparados a aquellos otros en que el domicilio no es conocido y respecto de los cuales la propia Ley gallega admite la notificación por edictos. Por tanto, en el terreno de los hechos sería prácticamente inviable una revocación ineficaz por no haberse podido llevar a cabo la notificación en el lugar preceptivo. En cualquier caso, el tenor literal del artículo 139.2 de la Ley de Derecho civil de Galicia, que prevé la ineficacia de la revocación si la notificación no se practica en el lugar indicado, permitiría inferir igualmente la ineficacia de la revocación en aquellos supuestos en que ésta no vaya acompañada de la pertinente notificación.

revocación (cfr. art. 192.2 de la Propuesta). Por el contrario, la regulación de la notificación cuando existen disposiciones correspectivas es más exhaustiva. En síntesis, podría concretarse en los siguientes aspectos: 1) La notificación no es obligatoria cuando se pruebe que el cónyuge del revocante tuvo conocimiento de ella; 2) La notificación debe realizarse en el domicilio señalado en el propio testamento así como en el señalado por el revocante, sin que los efectos revocatorios se vean afectados por el hecho de que el cónyuge cootorgante no se encuentre en ninguno de esos domicilios; 3) El plazo para la práctica de la notificación se amplía a treinta días hábiles; y 4) Los efectos que se siguen de su inobservancia se concretan en la ineficacia de la revocación (cfr. art. 192.3 de la Propuesta).

Para concluir con el tema de la revocación unilateral en vida de los otorgantes, me gustaría hacer unas consideraciones sobre los efectos de la revocación. Conforme al artículo 139.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia, la revocación unilateral del testamento mancomunado conlleva *«la ineficacia total de las disposiciones recíprocamente condicionadas»*. En síntesis, dos son los aspectos fundamentales que cabe destacar en el enunciado transcrito. Por un lado, toda revocación unilateral, con independencia de la naturaleza de las disposiciones implicadas en la misma, determina la ineficacia de las cláusulas correspectivas[76]. Por otro lado, la ineficacia de las disposiciones recíprocamente condicionadas –al ser *«total»*– no sólo se predica de las disposiciones del revocante, sino que afecta también a la sucesión de quien no es parte activa en la revocación. Como consecuencia de ello, el testador no revocante –salvo que el contenido del testamento permita alcanzar otra conclusión– debe proceder a la reordenación de su voluntad *mortis causa*, a los fines de evitar la apertura de la sucesión intestada respecto de los bienes y derechos que conforman el contenido de las disposiciones recíprocamente condicionadas[77].

Sin embargo, la regulación plasmada en el artículo 139.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia presenta, a nuestro juicio, ciertas insuficiencias. En concreto, tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica de la norma pudieran ser objeto de crítica. Por lo que respecta al supuesto de hecho, la Ley de Derecho civil de Galicia adolece de excesiva generalidad. En este sentido, resulta reprochable que la Ley gallega no especifique si toda revocación determina la ineficacia de las disposiciones recíprocamente condicionadas o si, en cambio, la ineficacia en cuestión se deriva sólo en el caso de que la revocación tenga por objeto disposiciones que revisten naturaleza correspectiva.

En mi opinión, la virtualidad de la normativa contenida en el artículo 139.1

---

[76] En este orden de ideas, no resulta ocioso recordar que, pese a los términos del artículo 739 del Código civil –aplicable en el ámbito jurídico gallego *ex* art. 3.º 1 LDCG–, el mero otorgamiento de un testamento posterior no supondrá la revocación automática del testamento anterior cuando se trate de un testamento complementario, interpretativo o aclaratorio, modificativo o carezca de contenido patrimonial. Sobre este particular, *vid.*, por todos, DÍEZ–PICAZO, L., «La pluralidad de testamentos», en *Estudios de Derecho Privado*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 365–377.

[77] Cfr., al respecto, GUTIÉRREZ ALLER, V., «Réxime económico–familiar e sucesorio...», cit., p. 403 y LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 139 de la Ley de Derecho civil de Galicia», cit., p. 1060.

de la Ley de Derecho civil de Galicia debería reconducirse únicamente a aquellos supuestos en que estuvieren implicadas disposiciones recíprocamente condicionadas. En principio, porque no resulta lógico que la revocación por parte de uno de los otorgantes del testamento mancomunado de aquellas disposiciones que en nada condicionaron la adopción de las del cootorgante lleve implícita la ineficacia de las cláusulas correspectivas[78]. Pero, además, porque cualquier otra interpretación quedaría desmentida por el propio tenor literal de la Ley que, en vez de referir la ineficacia a todas las disposiciones del testamento mancomunado –como hubiera sido preceptivo, ya que todas fueron adoptadas en contemplación unas de otras–, la circunscribe sólo a las disposiciones recíprocamente condicionadas.

En lo atinente a las consecuencias que la Ley de Derecho civil de Galicia anuda, *prima facie*, a la revocación unilateral del testamento mancomunado, también aquéllas se consideran excesivas[79]. En concreto, la Ley gallega prescribe *«la ineficacia total de las disposiciones recíprocamente condicionadas»*. Sin embargo, a nuestro juicio, el legislador debiera haber concretado el ámbito sobre el que se proyectan los efectos de la revocación unilateral. Y ello porque sería posible entender que la ineficacia no se dirige a la totalidad de las disposiciones correspectivas en su conjunto, sino que se limita exclusivamente a las condicionadas con aquella que se altera por medio de la revocación[80].

En el fondo, hubiera sido deseable que el tenor literal de la Ley hubiese precisado con mayor nitidez si la correspectividad se predica del testamento como un todo o de las cláusulas testamentarias singularmente consideradas[81]. Las derivaciones implícitas en la disyuntiva en cuestión se antojan evidentes: en el primer caso, la revocación de una disposición correspectiva conllevaría la ineficacia de todas las disposiciones testamentarias recíprocamente condicionadas; en el segundo supuesto, en cambio, devendrían sólo ineficaces aquellas disposiciones que se hallasen en íntima conexión con la revocada.

Así las cosas, los términos de la Propuesta de reforma disipan cualquier atisbo de duda al establecer que la revocación unilateral de las disposiciones correspectivas

---

[78] En esta misma línea, cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Del testamento mancomunado», cit., p. 131. Asimismo, en consonancia con lo expuesto, el artículo 191 de la Propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia establece la ineficacia de las disposiciones recíprocamente condicionadas sólo cuando se trate de la *«revogación ou modificación unilateral das disposicións correspectivas»*.

[79] De la misma opinión son MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., («Del testamento mancomunado», cit., pp. 130–131) y DÍAZ FUENTES, A., (*Dereito civil de Galicia...*, cit., pp. 270–271), para quien la generalización de la Ley resulta discutible.

[80] Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Del testamento mancomunado», cit., p. 131.

[81] En las restantes legislaciones civiles que coexisten en España, tanto la Compilación del Derecho civil foral de Navarra como la Ley de Derecho civil foral del País Vasco sancionan la ineficacia de todas las disposiciones correspectivas (cfr. ley 202 CDCFN y arts. 51 y 176.1 LDCFPV). En la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón, en cambio, se formula un principio similar al contenido en la Ley gallega (cfr. art. 106.3 LSCM).

producirá *«a ineficacia de tódalas recíprocamente condicionadas»* (art. 191.1)[82].

En cuanto a la revocación unilateral fallecido uno de los otorgantes, la regulación de la Ley de Derecho civil de Galicia no resulta enteramente asumible, toda vez que, en determinados aspectos, carece de la lógica más elemental. De hecho, así sucede en primer término en relación con la irrevocabilidad de las disposiciones otorgadas a favor de personas incapaces de heredar (cfr. art. 140 LDCG). Por tales habría que entender tanto las inmersas en una de las denominadas «incapacidades relativas» (cfr. arts. 752 a 754 Cc), como las incursas en una causa de indignidad (cfr. art. 756 Cc)[83]. Pues bien, en ninguno de estos supuestos la irrevocabilidad estaría justificada; y ello, en la medida en que se trataría de llamamientos abocados, de antemano, a ser ineficaces[84].

En este orden de ideas, la irrevocabilidad *post mortem* del testamento mancomunado también se considera inadecuada en lo tocante a las disposiciones otorgadas a favor de *«aquellos que muriesen antes y dejasen hijos sobrevivientes»*. De entrada, una lectura global de la hipótesis comentada ya permitiría vislumbrar la falta de criterio del legislador gallego al respecto. En efecto, la Ley de Derecho civil de Galicia parte de la irrevocabilidad de las disposiciones otorgadas a favor de una persona que ha fallecido con anterioridad al testador dejando descendencia; sin embargo, la paradoja surge cuando, a renglón seguido, establece que ello será así *«sin perjuicio de los derechos de representación o acrecentamiento»*. En otros términos, si el legislador considera dichas disposiciones irrevocables –como lo confirman los propios términos de la Ley– no resulta comprensible la referencia a los derechos de representación y de acrecer, que habrían de jugar cuando las disposiciones fuesen revocables[85]. Pero, además, la irrevocabilidad de las disposiciones reseñadas tampoco hallaría explicación razonable en aquellos supuestos en los que el instituido –incapaz o premuerto– no tiene hijos y la disposición a su favor no va a

---

[82] En cualquier caso, como se tendrá ocasión de comentar, lo cierto es que tratándose de actos de disposición *inter vivos* de bienes comprendidos en una cláusula correspectiva, la propia Propuesta contempla *«a ineficacia das recíprocamente condicionadas con ela»* (art. 194.1).

[83] En la doctrina, algunos autores –caso de CARPIO GONZÁLEZ, I., «Ley de Derecho civil de Galicia. Estudio de la reforma», en *Bol. Inform. Colegio Notarial de Granada*, núm. 177, octubre, 1995, p. 2734 e, implícitamente, MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Del testamento mancomunado», cit., p. 137– han considerado que la expresión *«incapaz de heredar»* remite a las criaturas abortivas y a las asociaciones o corporaciones no permitidas por la ley (cfr. art. 745 Cc). Sin embargo, a nuestro juicio, las «incapacidades absolutas» quedan al margen del supuesto de hecho del artículo 140 de la Ley de Derecho civil de Galicia, toda vez que éste se refiere a las personas incapaces de heredar y ninguno de los entes reseñados reúne, en puridad, la condición de persona (cfr. arts. 29 y ss. Cc).

[84] Con relación al régimen del Código civil –aunque perfectamente aplicable al Derecho gallego (*ex* art. 3.º1 LDCG)–, la doctrina se cuestiona si el indigno es, en rigor, incapaz de suceder o si, por el contrario, puede heredar, aunque sea con carácter claudicante (sobre este tema, *vid.*, por todos, LACRUZ BERDEJO, J. L. y SANCHO REBULLIDA, F., *Derecho de sucesiones*, Tomo I, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1976, pp. 88–89). De todas maneras, en lo que aquí importa, la *ratio* del artículo 140 de la Ley de Derecho civil de Galicia no consentiría discusión alguna sobre la inclusión de las hipótesis de indignidad en el concepto genérico de «incapacidad para heredar».

[85] Esta incongruencia ha sido destacada, igualmente, por ALONSO VISO, R., «El testamento mancomunado en el Derecho gallego», cit., p. 35.

surtir ningún efecto.

La Propuesta de reforma subsana de manera clara todas estas deficiencias, al establecer en el artículo 191.2 lo siguiente: *«Falecido un dos cónxuxes ou volto incapaz para testar, as disposicións correspectivas convértense en irrevocables. Excepcionalmente, o sobrevivente poderá revoga–las outorgadas a favor de persoa que fose declarada incapaz de suceder ó outro cónxuxe ou que estívese incursa en causa de incapacidade para sucedelo, ou que premorrese»*. En este sentido, cabe destacar que la Propuesta de reforma toma también en consideración, en el supuesto de hecho de la norma, las hipótesis de incapacidad sobrevenida de uno de testadores, lo que a mi juicio resulta plenamente acertado. En efecto, si la irrevocabilidad responde a un intento de que el testador no revocante tenga en todo momento la oportunidad de adoptar las medidas que estime convenientes en relación con la revocación del cootorgante, la equiparación entre muerte e incapacidad debe ser absoluta[86].

VII. Los actos de disposición y su incidencia sobre el testamento mancomunado:

Entre las lagunas que presenta la vigente Ley de Derecho civil de Galicia, destaca la falta de regulación de la incidencia sobre el testamento mancomunado de los actos de disposición *inter vivos* o *mortis causa*. Máxime cuando tales actos pueden traducirse en un medio de defraudación de las expectativas sucesorias de uno de los otorgantes.

A título meramente ejemplificativo, este efecto pernicioso se pone de relieve en aquellos supuestos en que cada uno de los otorgantes del testamento mancomunado condiciona recíprocamente, en la misma cláusula, sus respectivas instituciones de heredero en un bien concreto. En este contexto, la enajenación por parte de uno de los testadores del bien en cuestión incidirá no sólo en el contenido de las disposiciones testamentarias propias sino también en las de su cónyuge. Así pues, si el testador que ha mantenido inalterada su ordenación sucesoria fallece en primer lugar –sin tener conocimiento del acto dispositivo–, sus previsiones testamentarias

---

[86] En el ámbito de la actual Ley gallega, MARTÍNEZ GARCÍA M. A. («Del testamento mancomunado», cit., p. 137), admitiendo lo discutible de su opinión, se muestra partidario de que, en las hipótesis de incapacidad sobrevenida de uno de los otorgantes del testamento mancomunado, se puedan revocar unilateralmente las disposiciones correspectivas, siempre que de la actuación del revocante no se derive ningún perjuicio para el incapaz. Basa su opinión en la literalidad de la norma y en lo que considera finalidad primordial de la misma; esto es, mantener la situación de lealtad y de equilibrio que los testadores han tenido en cuenta al otorgar el testamento. Sin embargo, en mi opinión, los argumentos expuestos por MARTÍNEZ GARCÍA no resultan plenamente convincentes. En primer lugar, porque el hecho de que la Ley no contemple *expresis verbis* la hipótesis en cuestión, lejos de resolver el problema, constituye un punto de partida del mismo. Y, en segundo lugar, porque la lealtad es sólo uno de los aspectos implícitos en la *ratio essendi* de la irrevocabilidad del testamento mancomunado fallecido uno de los otorgantes, pero no el único. Además, no existe ningún dato objetivo que permita otorgar preferencia a ese deber de lealtad frente a lo que pudiera denominarse *«justicia conmutativa aplicable en las disposiciones correspectivas al principio de revocabilidad del testamento»*. Es más, si se atiende a razones de seguridad jurídica, cabría llegar a la conclusión contraria. Y es que en la medida en que determinar lo que resulta beneficioso para una persona que no puede manifestar su voluntad al respecto puede encerrar un alto grado de indeterminación, es preferible equiparar plenamente muerte e incapacidad.

surtirían plenos efectos, a pesar de que, en principio, ya no concurre la causa que ha motivado la adopción de las mismas.

Sentado lo anterior, la interdicción de todo acto dispositivo realizado de manera unilateral por cualquiera de los otorgantes del testamento mancomunado tampoco dejaría de suscitar dificultades. En este sentido, no se puede soslayar que tras la muerte de uno de los testadores pueden surgir necesidades perentorias que requieran la realización de actos de disposición sobre bienes o derechos comprendidos en una cláusula testamentaria correspectiva. De este modo, la prohibición de la facultad dispositiva vendría a introducir un importante factor de disuasión para testar mancomunadamente. Por otra parte, tampoco debe obviarse que los inconvenientes que se derivan de los actos de disposición realizados unilateralmente por uno de los testadores quedarían minimizados si se adoptasen medidas complementarias tendentes a garantizar, entre otros aspectos, el conocimiento de la alteración.

Así las cosas, como se ha tenido ocasión de señalar, la Ley de Derecho civil no contiene previsión alguna sobre el alcance de los actos de disposición *inter vivos* o *mortis causa* en el testamento mancomunado (cfr. arts. 137 a 140 LDCG). La ausencia de una norma expresa en la materia va a determinar que no exista ningún tipo de restricción al respecto[87]. Siendo ello así y sobre la base de las consideraciones antes expuestas, debe colegirse que en el marco legal de referencia no cabe descartar los riesgos que conlleva una ilimitada facultad dispositiva por parte de los otorgantes del testamento conjunto. Por tanto, se advierte ya la conveniencia de proceder, *lege ferenda*, a una ordenación de la incidencia de los actos de disposición sobre el testamento conjunto.

En este contexto se sitúa la regulación contenida en los artículos 193 y 194 de la Propuesta de reforma, que en términos generales cabe calificar de satisfactoria. En este sentido, el principio básico que preside la normativa en cuestión puede concretarse en la libertad dispositiva de los otorgantes. Es decir, con carácter general, se admite la posibilidad de que los cónyuges dispongan de sus bienes. Y ello, tanto en vida del cootorgante del testamento conjunto, como después de haber fallecido éste. En efecto, conforme al artículo 193 de la citada propuesta: *«O testamento mancomunado non limita a liberdade dispositiva de ningún dos outorgantes. Calquera deles poderá dispor,* inter vivos *ou* mortis causa*, de todo ou parte dos seus bens»*[88].

No obstante, a los fines de evitar una defraudación de las previsiones sucesorias del testador que no altera el contenido del testamento mancomunado, esa

---

[87] En este sentido, cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Del testamento mancomunado», cit., p. 138.

[88] En la misma línea está posicionada la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón (cfr. art. 97.1). En cuanto a Navarra, en la Compilación de Derecho civil foral, atendiendo a la naturaleza del acto dispositivo, se prevé, por un lado, la libertad de disposición a título oneroso (cfr. ley 203) y, por otro, la prohibición de disponer a título lucrativo (cfr. ley 204). En el País Vasco, en lo que a Guipúzcoa se refiere, la Ley de Derecho civil foral mantiene una orientación similar a la del Fuero Nuevo de Navarra (cfr. art. 178.1); en cuanto a Vizcaya, no se contiene ninguna regla al respecto, pero, dada la amplitud con la que se concibe la revocación *post mortem* (cfr. art. 51), sería posible inferir también la consagración del principio de libertad dispositiva.

libertad de disposición debe ir acompañada de ciertas medidas tendentes a condicionarla en los casos en que las disposiciones correspectivas del testamento se vieran afectadas por el acto dispositivo. En esta línea, se considera oportuno establecer una regulación diferenciada en función del momento en se produce el acto de disposición; es decir, si éste tiene lugar en vida de los otorgantes del testamento conjunto o si, por el contrario, acaece tras la muerte de uno de los testadores.

En vida de ambos testadores, los actos de disposición en los que estuvieran implicados bienes y derechos objeto de una disposición correspectiva deberían llevar aparejada la ineficacia de todas aquellas cláusulas que se hallasen en conexión con la modificada, tal y como prevé el artículo 194.1 de la Propuesta de reforma[89]. Con todo, debe advertirse que la regulación prevista en la Propuesta no es enteramente satisfactoria, toda vez que se prescinde abiertamente de la garantía que supone la notificación del acto de disposición. En mi opinión, esta omisión resulta criticable si se tiene en cuenta que a través de los actos de disposición *inter vivos* se pueden producir unos efectos similares a los de la revocación y para ésta se hace especial hincapié en el tema de la notificación[90]. Por esta razón, a los fines de que el testador que no altera el testamento pueda ordenar nuevamente su sucesión, considero preceptiva la pertinente notificación en la forma prescrita para la revocación unilateral[91]. Además, la lógica del sistema exigiría que la notificación se erigiese en condición de validez del acto dispositivo, ya que de lo contrario se estaría abriendo una vía a la defraudación de las previsiones sucesorias del testador que mantiene inalteradas sus disposiciones testamentarias[92].

Fallecido uno de los otorgantes, en cambio, el régimen de los actos dispositivos tiene que ser, necesariamente, otro. En efecto, los actos de disposición por parte del supérstite de un bien comprendido en una cláusula de naturaleza correspectiva ya no pueden acarrear la ineficacia de la misma y de las vinculadas con ella. En tales supuestos, la medida comentada sería excesivamente gravosa. Por un lado, la voluntad *mortis causa* del testador premuerto quedaría doblemente vulnerada: no sólo porque no se cumple el correlato de su disposición testamentaria,

---

[89] Sin embargo, al hilo de esta cuestión, causa cierta perplejidad que en los términos de la Propuesta (cfr. art. 191.1) la revocación unilateral conlleve, en cambio, la ineficacia –en bloque– de todas las disposiciones recíprocamente condicionadas. Dado el paralelismo que existe entre ambas regulaciones, este desconcierto sería igualmente predicable de la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón (cfr. arts. 106.3 y 107.2).

[90] Desde la perspectiva del Derecho aragonés, y en relación con el régimen de la Compilación, GARCÍA VICENTE, F., («Del testamento mancomunado», en AA. VV., *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, Vol. III, Diputación General de Aragón, Zaragoza, 1997, p. 188) ya se había hecho eco de los riesgos que conllevaba la no notificación de los actos dispositivos *inter vivos*; pese a ello, la Ley de sucesiones por causa de muerte no contiene ninguna indicación al respecto, por lo que cabe presumir que dicha notificación no es necesaria.

[91] Cfr. MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Del testamento mancomunado», cit., p. 139.

[92] En contra, MARTÍNEZ GARCÍA, M. A., «Del testamento mancomunado», cit., p. 139. Para este autor, la falta de notificación no alteraría la ineficacia de la cláusula testamentaria afectada –así como la de las relacionadas con ella– sino que generaría una responsabilidad del testador autor del acto de disposición *inter vivos*, que se concretaría en la ineficacia de las disposiciones otorgadas a su favor en el testamento mancomunado por aplicación de lo dispuesto en el artículo 756.6.º del Código civil.

sino que, además, su propia regulación sucesoria deviene ineficaz sin que exista la posibilidad de proceder a una reordenación conforme a sus designios. Por otro lado, la ineficacia sobrevenida de las disposiciones recíprocamente condicionadas desencadenada por el acto de disposición tampoco se estima pertinente desde la perspectiva de la seguridad jurídica: en efecto, muerto uno de los testadores, sus disposiciones son abiertas y despliegan, por tanto, su eficacia; de este modo, si el ulterior acto dispositivo llevase anudado la ineficacia comentada, sería preciso retrotraer los efectos ya producidos como si la apertura de la sucesión no hubiera tenido lugar, con todas las dificultades que ello comportaría.

Así las cosas, muerto uno de los testadores la libertad dispositiva podría quedar acaso circunscrita a aquellas hipótesis en que el testador supérstite se hallase en una situación de necesidad[93]. Por ello, en caso de haber fallecido uno de los otorgantes del testamento mancomunado parece razonable restringir la facultad del cónyuge supérstite para disponer a título lucrativo[94]. En cuanto a los actos de disposición a título oneroso, se estimaría conveniente establecer –atendiendo a las expectativas del beneficiario de la disposición correspectiva afectada– un derecho a reclamar el valor actualizado de los bienes objeto de disposición con cargo a la herencia del disponente. Ahora bien, el ejercicio de este derecho debería estar sujeto a un plazo prudencial de caducidad a los fines de evitar que la sucesión se pueda convertir en un fenómeno interminable[95].

La solución propugnada coincide, en términos generales, con la acogida en el artículo 194.2 de la Propuesta de reforma, a cuyo tenor: *«Falecido un dos cónxuxes, o outro poderá dispor dos bens comprendidos nunha cláusula correspectiva. Neste caso, o beneficiario da disposición testamentaria poderá reclama–lo valor actualizado dos bens obxecto da disposición con cargo á herdanza do dispoñente, sen prexuízo das lexítimas. Este dereito caducará no prazo de tres anos, contados desde o falecemento do dispoñente»*. En todo caso, debe señalarse que en la Propuesta se prescinde de cualquier distinción que atienda a la naturaleza de los actos dispositivos; es decir, tanto si son a título lucrativo como a título oneroso el cónyuge

---

[93] En el mismo sentido, aunque desde la perspectiva del Derecho aragonés, cfr. MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario al artículo 107 de la Ley de sucesiones aragonesa», en AA. VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXIV, Vol. 1.º, cit., p. 772.

[94] Así se prevé, de modo expreso y con carácter general, en la ley 204 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra, a cuyo tenor: *«Ninguno de los testadores podrá disponer por título lucrativo de sus propios bienes* (...)». Por el contrario, la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón permite la realización de actos dispositivos a título gratuito, si bien impone a los donatarios o sus herederos la obligación de restituir a la persona a quien el testamento atribuía los bienes su valor actualizado (cfr. art. 107.3 LSCM). En este sentido, resulta indiscutible el paralelismo de la regulación aragonesa con la contenida en el § 2287 del BGB sobre donaciones perjudiciales que, pese a hallarse en sede de contrato sucesorio, se aplica analógicamente –dada la situación de intereses comparable– al testamento mancomunado correspectivo. Sobre esta analogía y sus presupuestos *vid.*, por todos, AUNERT–MICUS, S., *Der Begriff der Beeinträchtigungsabsicht in § 2287 BGB beim Erbvertrag und beim gemeinschaftlichen Testament*, Shaker, Aachen, 1995, pp. 92–138.

[95] En la misma línea, la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón establece la posibilidad de que la persona a quien el testamento atribuía los bienes objeto del acto de disposición a título oneroso reclame su valor actualizado a los herederos del disponente (art. 107.3 LSCM).

supérstite no ve limitada sus facultades dispositivas.

VIII. La apertura de la sucesión y la copia del testamento mancomunado:

Una vez acaecida la muerte del testador tiene lugar la apertura de la sucesión, con la que, en principio, se hacen públicas a los interesados las últimas voluntades del causante. Con carácter general, la apertura de la sucesión contenida en un testamento abierto no entraña especiales dificultades. Sin embargo, tratándose del testamento mancomunado –dado que existe una pluralidad de testadores y, con frecuencia, sus cláusulas testamentarias suelen estar vinculadas entre sí– dicha apertura podría suscitar un conflicto de intereses entre la necesidad de información de los herederos, por un lado, y el deseo del cónyuge supérstite en mantener en secreto sus propias disposiciones testamentarias, por otro[96].

La Ley de Derecho civil de Galicia no contiene ninguna disposición específica sobre la apertura del testamento conjunto y las personas con derecho a copia. Por el contrario, en la Propuesta de reforma se aborda directamente la cuestión. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 195 de la citada Propuesta: *«Falecido un dos outorgantes, os interesados na sucesión terán dereito a copia do testamento mancomunado. A copia só poderá conte–las disposicións que afecten a sucesión aberta»*[97].

A mi juicio, la inclusión de la norma transcrita en el articulado de la Ley gallega debería ser reconsiderada[98]. Y ello básicamente porque la regulación por parte del legislador autonómico de semejante materia podría representar una vulneración de la competencia para la ordenación de los registros e instrumentos

---

[96] Cfr. ALONSO VISO, R., «El testamento mancomunado gallego», cit., p. 28. En el ámbito del ZGB suizo, HOFFMAN, E. (*Das gemeinschaftlichen Testament und das Schweiz. Zivilgesetzbuch*, Schwarzenbach, St. Gallen, 1944, pp. 83–85), señala, precisamente, la contradicción existente entre la apertura del testamento mancomunado y el derecho personalísimo del cónyuge supérstite a que su disposición de última voluntad no sea revelada en vida como uno de los factores que abogaría –dado el silencio de la legislación helvética sobre el instituto– por la inadmisibilidad del testamento conjunto en el Código civil suizo. Niega, en todo caso, que se trate de un derecho personalísimo del supérstite –en la medida en que dicho derecho no puede ejercitarse– MERKEL, H., *Das gemeinschaftlichen Testament*, Schwäbische Verlagsdruckerer, Dillingen a. Donau, 1930, p. 105.

[97] En términos similares se pronuncia la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón, cuyo artículo 103 establece lo siguiente: *«Los interesados en su sucesión* [la del primero de los testadores fallecidos] *tendrán derecho a copia del testamento que, sin embargo, no podrá incluir las disposiciones que sólo afecten a la sucesión del otro testador»* (art. 103, inciso 2.º, LSCM). Así pues, como señala GARCÍA VICENTE, F. («Testamento mancomunado», en AA. VV., *Ley de Sucesiones. Comentarios breves por los miembros de la Comisión Aragonesa de derecho Civil*, Librería General, Zaragoza, 1999, p. 86) la solución transcrita –esto es, mantener en secreto las disposiciones individuales del testador supérstite– coincide sustancialmente con la sostenida en el artículo 237 del Reglamento notarial y los §§ 2.274 (*sic*) y 2.300 del BGB relativos a la apertura del testamento mancomunado y del contrato sucesorio respectivamente.

[98] Desde la óptica del Derecho alemán, MERKEL, H. (*Das gemeinschaftlichen Testament*, cit., p. 104), considera que, en la medida en que la apertura del testamento mancomunado no es una cuestión de Derecho sustantivo, la prescripción del § 2273 del BGB debiera haberse recogido, originariamente, en la Ley de jurisdicción voluntaria.

públicos atribuida al legislador estatal *ex* artículo 149.1.8.ª CE[99].

Por otra parte, si se examina su contenido, podría concluirse que se trata asimismo de una norma innecesaria. En efecto, por lo que respecta a las personas que tienen derecho a copia, el tenor del artículo 195 de la Propuesta sería subsumible en lo prescrito en el párrafo 2.º del artículo 226 del Reglamento notarial, de acuerdo con el cual podrán obtener copia del testamento, fallecido el otorgante, *«además de los herederos instituidos o sus representantes, los legatarios, albaceas, contadores y demás personas a quienes se reconozca algún derecho o facultad; los parientes que, de no existir el testamento o de ser nulo o en que no haya instituidos herederos forzosos, serían los llamados en todo o en parte a la herencia del causante, y los instituidos en testamento revocado»*[100]. En lo atinente al modo de proceder a la apertura del testamento, sería plenamente válida la normativa contenida en el párrafo segundo del artículo 237 del Reglamento notarial (arg. *ex* art. 143, párr. 2.º, RN), con arreglo a la cual, en las copias de los testamentos mancomunados se omitirá *«cuanto sea disposición especial del otorgante que sobreviva»* (art. 237, párr. 2.º, RN)[101]. Es decir, siempre que sea posible escindir formalmente las disposiciones del testador premuerto, las disposiciones del testador supérstite no se pondrán en conocimiento de aquellas personas que tienen derecho a la copia del testamento.

IX. Conclusiones:

A la vista de lo expuesto, y a modo de colofón, la valoración que, a mi juicio, merece la regulación del testamento mancomunado contenida en la Propuesta de reforma de la Ley de Derecho civil es, en términos generales, satisfactoria. En este sentido, considero como principales aciertos de la Propuesta los siguientes:

1. Ofrecer una definición tanto del testamento mancomunado como de la correspectividad y la forma en que ésta ha de manifestarse.

2. Establecer de manera indubitada la forma abierta notarial como la única posible que puede revestir el testamento conjunto.

3. Clarificar el régimen de la revocación unilateral tanto en vida de los otorgantes como fallecido uno de ellos.

4. Regular las consecuencias que se derivan de los actos de disposición *inter*

---

[99] Así lo ha puesto de manifiesto, en relación con el artículo 103 de la Ley de sucesiones por causa de muerte de Aragón, MERINO HERNÁNDEZ, J. L., «Comentario al artículo 103 de la Ley de sucesiones aragonesa», en AA. VV., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, Tomo XXXIV, Vol. 1, cit., pp. 722–723.

[100] Para ello es preciso, además, *«haberse acreditado al Notario o constarle de ciencia propia el fallecimiento del testador y, en su caso, el parentesco de los peticionarios o su derecho a obtenerlas, caso de que no resulte justificado en el testamento»* (art. 241 RN *in fine*).

[101] Cfr., asimismo, en relación con el testamento de hermandad navarro, la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 10 de septiembre de 1987, en *Código Notarial*, Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 372–373.

vivos o *mortis causa*.

Con todo, algunos de los aspectos de la regulación del testamento mancomunado contenida en la Propuesta no pueden ser asumidos en su totalidad. Así sucede, en concreto con:

1. La ampliación de la testamentifacción activa a quienes no son cónyuges entre sí, si no va acompañada de la posibilidad de adoptar disposiciones correspectivas.

2. La previsión de otorgar el testamento mancomunado fuera de Galicia.

En este orden de ideas también cabe destacar la falta de alguna norma adicional, como la atinente a los efectos que para las disposiciones recíprocamente condicionadas otorgadas en favor de tercero se siguen en los supuestos de nulidad, separación o divorcio de los testadores.

CUESTIONES SOBRE EL DERECHO DE LABRAR Y POSEER, LAS APARTACIONES Y DE LAS LEGÍTIMAS

José Puentes González
Abogado del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de A Coruña

Puntualización inicial:

El Decreto 107/1999, de 8 de abril, regula la composición y funciones de la COMISIÓN SUPERIOR para el estudio del desarrollo del DERECHO CIVIL GALLEGO. Posteriormente –Decreto 182/1999 de 17 de junio– se amplía el número de vocales de tal Comisión.

Al amparo del mencionado Decreto (107/1999), el 13 de septiembre de 1999 tuvo lugar el acto de constitución formal de la referida Comisión Superior.

La citada Comisión Superior, en sesión celebrada el 15 de diciembre de 1999, y por encargo del Excmo. Sr. Conselleiro de Justicia y Relaciones laborales, designó a un Notario y a tres Catedráticos de Derecho civil, la elaboración de un texto sobre la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia.

Posteriormente se constituyó un grupo de trabajo compuesto de Catedráticos y notarios, que elaboró un denominado "Documento inicial para la posible actualización de la Ley del Derecho civil de Galicia...".

Así las cosas, llama poderosamente la atención que ni en la precitada Comisión Superior ni en el denominado "Grupo de Trabajo", hayan participado abogados, jueces y magistrados de Galicia, que como profesionales en contacto directo con la realidad jurídica inmediata, pudieran aportar sus vivencias, criterios y experiencias en orden al tema que nos preocupa; esto es, lo que es menester conservar, ampliar, modificar o suprimir en la vigente Ley reguladora del Derecho civil de Galicia.

No se vea en lo antedicho el deseo –o mero intento– de criticar la labor de la Comisión y del Grupo de Trabajo, pero sí el de señalar una omisión difícilmente comprensible y asimilable dada la trascendencia de la materia de que se trata.

Cuestiones concretas objeto de esta comunicación:

I.– El derecho de labrar y poseer:

El texto legal vigente (art. 130), en su redacción actual, peca a nuestro juicio de poco claro (en cierto aspecto, de confuso) y de olvidar –en buena medida– la copiosa tradición plasmada por nuestros prácticos en multitud de documentos públicos, otorgados con anterioridad (y también con posterioridad) a la promulgación del Código civil.

Refiere que la institución en orden a la atribución (no adjudicación) a cualquiera de los hijos, de una explotación agrícola o de un establecimiento fabril, industrial y comercial, pueda realizarse por actos *inter vivos*, con carácter irrevocable, o *mortis causa*.

Veamos:

A) "Podrá pactar su adjudicación integra... por actos *inter vivos* o *mortis causa*...".

Como dice el Sr. MUIÑO FIDALGO, es evidente que el único caso de pacto posible es en la atribución *inter vivos*, pues en el caso que se realice por vía testamentaria no existe ningún "pacto", sino que nos hallamos ante una DECLARACIÓN DE VOLUNTAD UNILATERAL, que produce sus efectos por sí sola y por la mera disposición del testador, sin que el descendiente mejorado pacte ni intervenga para nada en el negocio; este último, aceptará o no en su día, pero en ningún caso podrá calificarse de pacto.

También es desafortunada, a nuestro juicio y al de D. VICTORINO GUTIÉRREZ ALLER, la expresión "adjudicar", que tiene un sentido de acto particional, siendo más correcto utilizar el verbo "atribuir".

B) El precepto nada nos dice en orden a las características del "pacto", ni de las distintas peculiaridades del mismo, ya que el uso y costumbre notorio modalizaba la constitución del derecho de labrar y poseer, adoptando distintas fórmulas, a saber:

1. Otorgando los padres un pacto de mejora pero reteniendo el disfrute de los bienes durante su vida. Esto es, sin entrega formal de éstos, al amparo y de la manera prevista en la Ley 26 de Toro 10.ª, Título 6.º, Libro 10 de la Novísima Recopilación, (Ley I y Ley II)

2. Sin retención de bienes y consiguiente entrega al preferido, o bien configurando un pleno poder de dirección y administración a favor del concedente.

3. Mediante capitulaciones matrimoniales.

4. A través de testamento.

En el primer supuesto, y a medio de instrumento público irrevocable, se pactaba la mejora al preferido/a para que llevase las fincas integrantes del lugar **"desde la muerte de los que dicen, y no antes"** (testamentos de 31 de diciembre y 8 de noviembre de 1959, autorizados por el notario de Carballo, D. MANUEL EUSEBIO MANCEBO).

En el segundo, también por instrumento público *inter vivos*, el concedente se comprometía a tener al hijo o nieto preferido en su casa y compañía "a mesa y manteles", pero conservando su condición de "cabeza de casa", **sin que pudiera separar de su compañía al mencionado hijo o nieto, siempre y cuando les fueran "humildes y obedientes"** (escritura de 24 de febrero de 1959, autorizada por el mencionado notario, D. MANUEL EUSEBIO MANCEBO).

Bajo esta fórmula, como dice el Sr. PÉREZ PORTO, la concesión del derecho de labrar y poseer tiene carácter claramente oneroso; el ascendiente pone el capital; el descendiente o preferido ha de contribuir con su trabajo. Pacto que evoca una peculiar modalidad con una cierta connotación de tipo societario.

De constituirse el derecho de labrar y poseer en capitulaciones matrimoniales, se establecía normalmente para después de la muerte de los dos cónyuges otorgantes, aunque el lugar o suerte de fincas correspondiere en propiedad a uno solo de los cónyuges. Y si por testamento, mediante distintas fórmulas, tendentes casi todas ellas –en su caso– a amparar al cónyuge supérstite.

C) Entendemos como confuso y extraño el contenido del apartado 6 del precepto objeto de comentario, en cuanto se refiere a "los muebles, frutos, aperos de labranza y ganado que correspondan a las **legítimas** de los que no disfrutan del derecho de labrar y poseer, serán entregados a sus **dueños** o pagados en metálico", ya que privar al beneficiario del derecho del "lugar o explotación agrícola" de los elementos necesarios para el cultivo, o de la maquinaria necesaria para la empresa agraria, parece un contrasentido. Pensar que la dicción legal entraña, a favor del favorecido, una especie de derecho de adquisición preferente ("o pagados en metálico"), da la sensación de constituir una interpretación forzada de la norma, y, en todo caso, capaz de suscitar serias dudas.

Contrasentido que se acentúa en el caso de tratarse de un establecimiento fabril o industrial, dotado de la maquinaria adecuada (muebles).

También hablar de "dueños" y "que correspondan a las legítimas", configuran expresiones carentes de rigor técnico y de no fácil interpretación.

D) La atribución al beneficiario de compensar en metálico al resto de los herederos forzosos, la entendemos como correcta. ¿Pero en qué plazo? En este sentido creemos que el de cinco años que señala el profesor PÉREZ ÁLVAREZ puede resultar excesivamente gravoso para tales herederos. En todo caso –y de aceptarse tal plazo– la cantidad resultante devengaría el interés legal del dinero.

Conviene señalar que hoy en día el medio rural no se halla tan descapitalizado como en épocas pretéritas, en las que la satisfacción de su porción hereditaria al resto de los herederos se pactaba normalmente con arreglo a la siguiente fórmula: "Tendrá (el beneficiario del derecho) por cumplido con satisfacer a los demás hermanos, lo que les toque por tasa, en trigo seco, que vendrán a buscar por los meses de costumbre a la casa mortuoria, sin necesidad de licitaciones".

E) Estimamos como plausibles las causas o supuestos de ineficacia que señala el artículo 132 de la vigente Ley, así como el supuesto de premoriencia que menciona el apartado 2 de tal precepto.

F) En relación con lo que preceptúa el artículo133 de la Ley de Derecho civil de Galicia, contentivo de unas vagas normas de interpretación que pueden calificarse de auténticas (en el sentido jurídico de esta expresión), creemos que su correcta ubicación debería estar en la Sección 2.ª del Capítulo II del Título VIII, y no en la Sección 3.ª (Del derecho de labrar y poseer).

G) Se nos puede alegar, que lo antedicho ya está resuelto por lo normado en la Sección 2.ª del Capítulo III del Título XII ("De los pactos de mejora", según reza la Propuesta de reforma del Derecho civil de Galicia elaborada por el Colegio Notarial de Galicia –Separata del *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*–) pero entendemos que el "derecho (o mejora) de labrar y poseer", al figurar en sección distinta como figura peculiar, requiere un tratamiento más específico, concreto y singularmente modalizado.

II.– Las apartaciones:

Antes de la entrada en vigor de la Ley de Derecho civil de Galicia, y ante el vacío legal de tal figura, el ascendiente que quería proporcionar a sus descendientes la ayuda económica precisa para emprender una actividad empresarial o comercial, mediante la aportación de los oportunos recursos, o bien recurría a una compraventa (relativamente simulada) de determinados bienes, o bien acudía a efectuar una donación de fincas rústicas o urbanas (o de metálico) con obligación de colacionar lo recibido, llegado el evento sucesorio, a menos que el donante hubiese dispuesto otra cosa.

Debo confesar, en primer término, que pese a una cierta paciente búsqueda no he encontrado precedentes históricos de tal figura. Me refiero, concretamente, a documentación instrumentada de forma pública, o a otros cualesquiera datos documentales redactados por los prácticos (particiones, en general). Desde luego la anterior Compilación no la registra.

Pienso que la implementación legal del apartamiento, (art. 134) puede tener un sentido lógico y contribuir a eliminar tanto las compraventas simuladas cuanto las donaciones, más arriba aludidas y con la finalidad expresada.

Me parece, no obstante, que su actual regulación legal peca de incompleta, y deja el campo abierto a que como dice el Sr. LOIS PUENTE, **"el apartamiento pueda ser un hábil cauce para defraudar las legítimas de los no apartados" (supuestos de captación de la voluntad del apartante, ..., etc.).**

Si el apartante (o cónyuges apartantes) adjudican al apartado lo que por legítima le corresponda, parece que no hay problema.

Pero sí lo hay en el supuesto de que la apartación comprenda bienes cuyo valor exceda del tercio de mejora o del de libre disposición, y aun cuando en la escritura se prevea tal posible evento (imputación al apartado de ambos tercios) la confrontación, o quizá el pleito, se ofrece como algo muy probable.

Desde un punto de vista puramente teórico, pero no fácilmente practicable, podría inducirse a establecer la cuantía de los bienes objeto de apartación. ¿Pero qué valor? El tema es difícil, pero siguiendo al precitado Sr. LOIS PUENTE, la regla debe ser la del Código civil. Es decir, tendrían que ser computados los bienes atribuidos por su valor real al tiempo de la partición, sin tener en cuenta las mejoras producidas en ellos por el apartado (art. 1045 Cc).

En otro orden de ideas respecto a la figura objeto de examen, entiendo que el

apartamiento o apartación **tiene carácter personalísimo.** Como dice LOIS PUENTE, "cabría solo la representación voluntaria cuando el poder contemple expresamente el concreto negocio de apartamiento. Tal poder tendría que determinar todos los elementos esenciales del negocio: personales, reales y accidentales (de haberlos) e incluso los efectos si estos se modalizaran". Tampoco sobraría –pese a las obvias dificultades, pero no insalvables, para ello– que se realizase una valoración de los bienes objeto del pacto. Y, aún mejor, que el resto de los presuntos herederos prestasen su anuencia al pacto.

III.–De las legítimas:

Ciertamente, como hace notar la profesora GARCÍA RUBIO, "el legislador gallego, en su intento de regulación propia y novedosa de la institución legitimaria en Galicia, ha acogido una serie de normas y principios de procedencia muy diversa (sustancialmente del Código civil y de la Compilación catalana de 1960, así como de la balear después de la reforma operada en 1990) muchas veces contradictorios entre sí y que, por ello, hacen muy difícil el logro de una construcción coherente de la figura".

La duda surge respecto de si la legítima gallega se configura como *pars bonorum* –sistema del Código civil– o como *pars valoris bonorum.*

A mi juicio, la polémica entre una y otra concepción viene servida por la expresión **"cuota de activo líquido"** del artículo 146.1 de la Ley vigente. Polémica que entiendo como más ficticia que real, ya que el mencionado precepto en su apartado 2 realiza una clara remisión a las normas del Código civil, por lo que entendemos que la legítima gallega se configura decidida y claramente como *pars bonorum.* Criterio que viene corroborado por el propio texto del artículo 151, al señalar que corresponde al legitimario **"acción real para reclamarla".**

Creemos firmemente que la modificación de la "cuota" legitimaria, en la cuantía y la proporción que, en los distintos supuestos, establece el Código civil (art.146.2) –por hallarse fuertemente enraizada en la conciencia popular– toparía con una seria oposición de la mayoría de los gallegos.

Reducirla a la "cuarta parte del valor del haber hereditario líquido", supone un cambio radical respecto a la ya larga vigencia del mencionado Código, –que en esa materia goza de amplia aceptación– que implicaría la adopción de un sistema de atribución legitimaria novedoso, y difícilmente asumible por los destinatarios de la norma.

La amplitud de la gama de decisiones que brinda a los ascendientes, causantes en general, la actual Ley (con las correcciones técnicas adecuadas), a saber: pactos sucesorios, mejora de labrar y poseer, apartamiento, usufructo del cónyuge viudo y posibilidad del testamento mancomunado, hacen a mi juicio innecesario el cambio de sistema de atribución de legítimas, que no haría otra cosa que crear confusionismo y sentimientos encontrados, productores de continuas dudas, indecisiones y confrontaciones.

III

ACTAS DE LAS SESIONES Y CONCLUSIONES

ACTA DE LA SECCIÓN SEXTA:

SESIÓN DEL DÍA 27 DE NOVIEMBRE DE 2002:

Presidente:
D. José Luis Rodríguez Pardo
Vicepresidente:
D. Juan Areses Trapote
Vocales:
Dña. Carmen Alarcón Prieto
D. Oscar Fernández Refoxo
Relator de la ponencia:
D. Miguel Ángel Pérez Álvarez
Secretaria:
Dña. María del Pilar Cortizo Mella

En la Sala de Cámara del Palacio de Congresos de A Coruña, siendo las 16:15 horas del día 27 de noviembre de 2002, se constituye la Mesa con los asistentes reseñados al margen.

A las 16:15 horas da comienzo la sesión, tomando la palabra el Sr. Presidente, D. JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ PARDO, para agradecer a los presentes su participación en este acto. A continuación el Sr. Presidente procede a explicar la dinámica de funcionamiento de la sección, señalando que se concederán treinta minutos para la defensa de la ponencia y, a continuación, diez minutos para el debate de cada una de las enmiendas presentadas.

En este sentido, tras hacer hincapié en la importancia del Congreso, el Sr. Presidente propone crear una comisión encargada de redactar las conclusiones que se alcancen a lo largo de las sesiones a desarrollar.

Se da lectura a la lista de asistentes, resultando un total de 110 congresistas

presentes y acto seguido el Sr. PÉREZ ÁLVAREZ realiza la defensa de la ponencia en los siguientes términos:

"Precedida de un Título preliminar, la Ley de Derecho civil de Galicia se estructura por medio de ocho títulos que comprenden un total de 170 artículos, dos disposiciones adicionales, cuatro transitorias, una derogatoria y otra de carácter final.

La parte más extensa y significativa de la Ley es la que se acoge en el título VIII que, destinado a regular el Derecho de sucesiones, abarca desde el artículo 117 al 170. Pero existen además otros preceptos en el texto vigente que afectan a la citada materia. Tal es el caso de las disposiciones adicionales 1.ª y 2.ª en donde se resuelven cuestiones de forma referentes a la constitución, modificación o extinción de los pactos. Y tal es el caso también del artículo 113 referente a las capitulaciones matrimoniales que contuvieran estipulaciones de carácter sucesorio.

Por lo que atañe a su estructura interna, el título VIII se distribuye en cinco capítulos. Dejando por ahora a salvo el primero, en el segundo capítulo se regulan los pactos sucesorios; en el tercero se contempla la sucesión testada; el cuarto contiene diversas normas referentes a las legítimas; en el quinto se matiza la sucesión intestada; y el sexto y último está destinado a ordenar la materia correspondiente a las partijas.

A esta regulación se antepone un capítulo primero que comprende un único precepto. Se trata del artículo 117 que responde a una concreta razón de ser. Y es que conforme al artículo 658 del Código civil la sucesión o bien procede de testamento o bien de los llamamientos legales. Sin embargo la Ley de 1995 admite el pacto como modo de deferir la sucesión. De ahí la necesidad de un precepto que estableciese con relación al Derecho civil gallego que la delación sucesoria puede tener lugar, además de por testamento y por ley, por los pactos sucesorios. A ello es a lo que obedece el capítulo primero y el artículo 117, único que lo integra.

* * *

Así las cosas, es sabido que el contraste más claro entre el régimen del Código civil y el de los Derechos forales se presenta en el ámbito del Derecho de sucesiones. En síntesis las divergencias afectan a las cuatro cuestiones siguientes: a los modos de ordenar la delación, a la configuración del testamento, al sistema legitimario y a los derechos atribuidos al cónyuge viudo.

Por lo que respecta a la primera cuestión, mientras que en el Código civil el *llamamiento a suceder* procede del testamento o de la ley, en los Derechos forales se admite el contrato como modo de deferir la sucesión.

Por lo que concierne a la segunda cuestión, en el régimen del Código civil el *testamento* se caracteriza por ser unilateral, unipersonal y también personalísimo. Frente a esta realidad, los Derechos forales admiten el testamento con pluralidad de personas, excluyendo asimismo la nota de la unilateralidad al permitir que el testamento conjunto pueda contener cláusulas correspectivas. Pero en buena parte de los Derechos forales se excluye además el carácter personalísimo del negocio jurídico testamentario permitiendo que, a través de la figura del testamento por comisario, una persona teste por otra.

Por lo que atañe a la tercera cuestión, mientras que en el régimen del Código civil las *legítimas* constriñen notablemente la libertad de testar, los Derechos forales asumen un sistema más favorable al principio de la autonomía de la voluntad. Los Derechos de Aragón y Navarra que tienen a la casa como referente de su ordenamiento constituyen el más claro

exponente de un sistema legitimario de carácter limitado. Y alguno de ellos hasta el punto de que, con el fin de evitar la división del patrimonio familiar, asumen una legítima de carácter meramente formal.

Y por lo que afecta a la cuarta cuestión, en el régimen del Código civil la situación jurídica del *cónyuge viudo* es la que resulta de los artículos 834 y siguientes. En particular y por hacer referencia a la hipótesis más común, al viudo se le atribuye el usufructo del tercio destinado a mejora, excluyéndose –cautelas socinianas al margen– el usufructo universal en virtud del principio de intangibilidad cualitativa de la legítima. Frente a esta realidad, los mismos derechos forales que limitan el "quantum" de la legítima protegen de modo más vigoroso al cónyuge viudo y entre otras cosas le atribuyen "ex lege" el usufructo universal de toda la herencia del causante.

* * *

Si estos son los cuatro puntos de contraste entre el Código civil y los Derechos forales, la pregunta es ahora evidente: ¿dónde ubicar el sistema sucesorio que resulta de la aprobación de la Ley de Derecho civil de Galicia?

Para responder a este interrogante es preciso determinar con carácter previo cuáles son las notas peculiares que presenta la Ley de 1995, y a este respecto cabe señalar como características del Derecho sucesorio gallego las siguientes:

1.ª Si bien de forma limitada, la Ley de Derecho civil de Galicia da entrada al pacto sucesorio como cauce a través del cual puede ser deferida la sucesión. Por tanto, ya no cabe identificar en el Derecho gallego la sucesión voluntaria con la sucesión testamentaria. Ello por cuanto que la sucesión voluntaria puede obedecer, además de a un negocio jurídico testamentario, a cualquiera de los pactos que el legislador considera admisibles. También por lo que respecta a los pactos sucesorios se otorga un nuevo sentido al derecho de labrar y poseer. En virtud de lo dispuesto en el artículo 130 de la Ley, este derecho puede tener como objeto una "explotación o establecimiento fabril, industrial o comercial", además de un "lugar" o una "explotación agrícola", como era tradicional.

2.ª Se excluye el carácter unipersonal como nota esencial del negocio jurídico testamentario y se admite el testamento mancomunado. Además también se excluye la nota de la unilateralidad al permitirse el empleo de cláusulas correspectivas en el testamento conjunto. Sin embargo conviene resaltar que, a pesar del rótulo "testamento por comisario" que encabeza la sección tercera del capítulo III, en la Ley vigente no se excepciona el carácter personalísimo que reviste el testamento en el Código civil. Y es que el llamado testamento por comisario de la Ley vigente no es sino una versión de la delegación de la facultad de mejorar regulada por el artículo 831 del Código civil.

3.ª Resulta relativamente fortalecida la situación jurídica del cónyuge viudo. Sobre este particular la Ley vigente permite la atribución voluntaria del usufructo universal de viudedad; mediando determinadas circunstancias se faculta al viudo para hacer efectiva su cuota usufructuaria sobre los bienes gananciales; y se permite que el cónyuge viudo al que se hubiera atribuido el usufructo universal pueda ser nombrado contador–partidor.

4.ª Por lo que concierne a las legítimas, la determinación de quiénes son legitimarios, así como la cuantía y proporción que les corresponde no presenta singularidades en el Derecho gallego. Y es que a tales efectos la Ley de Derecho civil de Galicia remite al régimen del Código civil. Sin embargo, hay ciertas peculiaridades en el texto vigente que afectan a las legítimas. Así por ejemplo la Ley gallega excluye de modo implícito el principio de indisponibilidad de la legítima en los casos de apartamiento. Y junto con lo anterior la Ley

también excluye tácitamente el principio de intangibilidad cualitativa de la legítima al permitir que, aún concurriendo descendientes del causante, pueda atribuirse el usufructo universal al cónyuge viudo.

5.ª En lo que atañe a la sucesión intestada, la Ley vigente sustituye el llamamiento sucesorio a favor del Estado previsto en los artículos 956 a 958 del Código civil por el llamamiento en favor de la Comunidad Autónoma de Galicia.

6.ª Y por lo que respecta a las partijas, se regula la partición conjunta por los cónyuges, facultándoles para que con los bienes de uno solo de ellos satisfagan el haber correspondiente a cualquier heredero o partícipe en las dos herencias. Asimismo, concurriendo ciertos presupuestos, a los herederos que representen la mayoría del haber hereditario se les faculta para hacer por sí solos la partija.

Si éstas son las características de la regulación instaurada en el año 1995 cabe replantear ahora la pregunta inicial: ¿dónde ubicar el sistema sucesorio que resulta de la aprobación de la Ley de Derecho civil de Galicia? o dicho de otro modo ¿el lugar en que debe ser situado el Derecho sucesorio gallego es el propio de los Derechos forales o se trata simplemente de un conjunto de excepciones al Código civil que constituiría su verdadero referente?

Recordando los puntos de contraste entre el Código civil y los Derechos forales la respuesta parece clara: la Ley de 1995 situó al Derecho sucesorio gallego en terreno de nadie. Se admiten los pactos sucesorios, pero de forma limitada. Se excluyen algunas de las notas típicas que tiene el testamento en el Código civil, pero conservando otras. Se fortalece la situación jurídica del cónyuge viudo, pero de modo parcial. Y se mantiene el sistema legitimario del Código civil, pero excluyendo algunas de sus notas características en casos singulares.

En suma lo que resulta de la Ley de 24 de mayo de 1995 es un sistema anclado en el Código civil que se aproxima en parte y con cautelas al Derecho foral.

Todo ello no tendría importancia de no ser porque hay algo más. Y es que cabría preguntarse ahora cuál es la íntima razón por la que en el régimen del Código civil no se regula el testamento mancomunado, ni la partición conjunta, ni el apartamiento, ni el contrato sucesorio ni el usufructo universal del cónyuge viudo. La respuesta es evidente: se trata de figuras que sólo cobran sentido en un sistema en el que juega la libertad de disposición sin cortapisas o suavemente limitada por un sistema legitimario restringido.

Sin embargo, la Ley de Derecho civil de Galicia regula la partición conjunta, el testamento mancomunado, el apartamiento, el pacto sucesorio y el usufructo universal pero haciéndolos jugar en el sistema legitimario rígido del Código civil. Tenemos por tanto unos espléndidos cauces para ejercitar la autonomía de la voluntad pero encorsetados en un sistema legitimario con el que son incompatibles y que los hace en gran medida inoperativos. Y conviene decir que el legislador gallego hizo en 1995 lo que debía de hacer. Es decir preocuparse por hacer una suerte de anotaciones preventivas en relación con ciertas figuras que formaban parte de nuestra tradición. Ahora de lo que se trata es de intentar dotarlas de cauces que permitan que cobren vitalidad, evitando que se conviertan en figuras de carácter meramente ornamental.

* * *

Hecha esta introducción y con el fin de justificar el texto que les presenta la sección sexta, se hace necesario analizar brevemente la Ley de Derecho civil de Galicia, tanto en lo que respecta a su contenido, como al modo en que regula las instituciones que contempla.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, la Compilación de 1963 había centrado el

Derecho sucesorio gallego en torno al derecho de labrar y poseer. Frente a esta realidad la Ley de 1995 dota al Derecho gallego de una riqueza de contenido a cuyos aspectos más significativos se ha aludido con anterioridad. Este vivo contraste entre la Compilación y la Ley de Derecho civil de Galicia motivó que algunos consideraran que el legislador había creado un nuevo Derecho sucesorio gallego en 1995.

Esta afirmación sólo puede hacerse desde el desconocimiento del Derecho civil propio de Galicia. Y es que la Ley de 1995 no entronca con la Compilación de 1963 sino que está ligada a los usos y prácticas que quedaron desprovistos de cobertura con la promulgación del Código civil y a los que años después la Compilación no supo o no pudo dar acomodo.

Se debe afirmar, en consecuencia, que por lo que atañe a su contenido la Ley vigente no crea de modo artificial un Derecho sucesorio gallego. Antes bien, asume la tradición jurídica de Galicia y se mueve dentro de los contornos diseñados por el artículo 27.4 del Estatuto de Autonomía, del artículo 149.1.8.ª de la Constitución y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que lo ha interpretado.

Otra cuestión bien distinta es la referente al modo en que se llevó a cabo la regulación del título VIII. Es sabido que para redactar la Ley vigente se recurrió a dos textos de diferente factura. Uno había sido elaborado por la "Comisión non permanente do Dereito civil galego". El otro lo había llevado a cabo el "Consello da Cultura Galega".

Los problemas que plantea el Derecho sucesorio vienen motivados por el hecho de haberse utilizado los dos textos sin conciliar las diferencias existentes entre uno y otro. Junto con lo anterior la Ley se presenta como una disposición que en relación con ciertas materias pretende ser autónoma y autosuficiente. Sin embargo en relación con otras se enmarca en el ámbito del Código civil, cuyo régimen en unos casos simplemente se complementa o aclara, mientras que en otros se excepciona de modo parcial. Todo ello choca con la especial sensibilidad del Derecho sucesorio que hace difícil que se pueda incidir en ciertos aspectos del mismo sin que resulte afectado todo el sistema.

Sería ingrato dejar de reconocer la notable importancia de la Ley de 24 de mayo de 1995. Pero sería imprudente no reconocer también que por las razones expuestas el texto vigente presenta, como cualquier otro, defectos o insuficiencias que convendría corregir. Y es que transcurridos ya siete años desde la entrada en vigor de la Ley aún sigue planteando problemas determinar la forma del testamento mancomunado, si la legítima a la que responde el texto vigente es *pars valoris* o *pars valoris bonorum*; o incluso por algunos se defiende que el usufructo universal del cónyuge viudo no es óbice para que los hijos puedan exigir el pago de la legítima estricta. Y es que a la vista del inmenso silencio del texto vigente cualquier interpretación parece posible.

* * *

Lo expuesto permite ya justificar el contenido de la ponencia presentada al III Congreso de Derecho Gallego. En el mes de junio del presente año se constituyó la sección sexta que, con el nombre de ILDEFONSO SÁNCHEZ MERA, habría de encargarse de redactar la parte correspondiente a la materia de Derecho sucesorio. La sección estuvo integrada por una magistrada, dos catedráticos de Derecho civil, cuatro notarios y once abogados. En total, dieciocho personas que celebramos nueve sesiones de trabajo al fin de elaborar la correspondiente ponencia.

El 31 de julio la sección convino el modo de proceder, tanto por lo que se refiere a la forma de elaborar la ponencia, como al fondo de la misma.

En orden a la forma de actuación, con el fin de que la materia respondiera a una unidad

de principios y dada la premura de tiempo, se acordó debatir sobre un borrador de ponencia a redactar de modo progresivo. Por ello y al objeto de que los integrantes de la sección dispusieran del material oportuno, en cada una de las sesiones se fue haciendo entrega a los asistentes de lo que sería objeto de análisis en sesiones sucesivas.

Y en orden al fondo, las razones expuestas con anterioridad justificaron que los miembros de la sección acordásemos orientar nuestro trabajo hacia el análisis del texto vigente con el fin de contribuir a su mejora.

Previo debate y aproximación de pareceres, el contenido de cada una de las materias en que se divide la ponencia fue aprobado siempre por unanimidad de los presentes. La única excepción estuvo representada por la parte correspondiente a las legítimas. En esta materia se acordó asumir una solución de carácter transaccional que fue aprobada por la mayoría de los miembros de la sección y a la que después se hará referencia. Con todo creo que no debemos renunciar a conseguir una aproximación entre los distintos criterios que nos permita presentar al pleno del Congreso una propuesta uniforme también en materia de legítimas.

Ya por lo que respecta al contenido de la ponencia cabe apreciar que responde a una diversa orientación. Existen propuestas de mejora o aclaración en la redacción del articulado de la Ley. Existen propuestas de reordenación sistemática en relación con ciertas materias. Existen propuestas de integración del texto vigente. Y existen también propuestas que cabe calificar como de desarrollo.

Decía que existen en primer lugar, *propuestas de mejora o aclaración* en la redacción del articulado de la Ley. Baste citar al respecto el nuevo contenido que se propone para el artículo 117 que regula los modos de deferir la sucesión, la supresión de la referencia a la capacidad jurídica de los testigos del testamento que por evidente error exige el artículo 136, la redacción que se propone para el artículo 140 que, regulando la revocación del testamento mancomunado, es en su versión actual de difícil lectura, el contenido que se postula para los artículos 159 y 163 referentes a la designación de contador–partidor y a las facultades que le asisten, la diferente redacción que se propone para algunos de los preceptos que regulan el régimen jurídico del usufructo del cónyuge viudo, la referencia que se hace en la partición por los herederos a la facultad que les asiste para encomendar a un tercero la práctica de la partición al fin de que la realice con carácter vinculante para todos ellos, o la supresión de las reiteraciones o duplicidad de artículos en que incurre la Ley vigente. Y al fin de aclaración obedecen también las concreciones que se hacen al régimen del apartamiento en relación con su objeto, la sucesión intestada y la obligación de colacionar. En relación con el objeto se explicita que el apartante podrá adjudicar al apartado "cualesquiera bienes o derechos" con independencia de su valor. En relación con la sucesión intestada se determina expresamente la validez del pacto por el que el legitimario queda excluido, no solo de la condición de heredero forzoso, sino también del llamamiento a la sucesión legal. Y en relación con la colación y al fin de evitar cualquier duda al respecto se propone concretar que, dejando a salvo la dispensa expresa del apartante, lo que se hubiera dado en apartamiento habrá de traerse a colación si el apartado o sus descendientes concurriesen a la sucesión como herederos con otros legitimarios.

Las *propuestas de integración* del texto vigente son las más significativas de la ponencia. En este contexto tiene acomodo la regulación que se ofrece del régimen jurídico de los pactos sucesorios. O la contemplación con pretensiones de integridad del testamento mancomunado. O el desarrollo del régimen jurídico de las partijas introduciendo, entre otras cosas, una nueva sección que, bajo el rótulo "disposiciones generales", comprendería la enumeración de los modos de realizar la partición y el criterio a seguir en los casos de concurrencia de

menores o incapacitados. Además y dado su carácter común a toda partición también se incluiría en este ámbito el actual artículo 170 referente a quien tuviera la condición de cesionario de uno de los coherederos. Asimismo es propuesta de integración el desarrollo que se hace en la ponencia de la normativa referente a la partija conjunta. O la regulación de la incidencia que habrán de tener los supuestos de crisis matrimonial en las disposiciones testamentarias. O, en fin, también constituye propuesta de integración el régimen jurídico que se pretende para lo que la Ley califica como testamento por comisario. Respecto de esta figura conviene advertir que la sección decidió no alterar la denominación empleada en el texto vigente para aprovechar la institución, dotándola de una normativa que la vaya aproximando a un verdadero testamento por comisario.

Lo que se ha pretendido conseguir mediante las propuestas de integración es que el Derecho sucesorio gallego pueda ser leído, entendido, interpretado y en su caso completado desde el propio texto legal que lo regule.

Las *propuestas de reordenación sistemática* afectan de modo básico a tres materias: al usufructo voluntario del cónyuge viudo, al vigente artículo 133 de la Ley y a las partijas.

Respecto a la primera cuestión, la sección estimó que, por su relevancia y dado que puede ser constituido también por medio de testamento, el usufructo del cónyuge viudo debería ser regulado de forma autónoma e independiente de los pactos sucesorios.

Respecto del artículo 133, este precepto regula la interpretación de las estipulaciones contenidas en el llamado pacto de mejora. Se consideró que en cuanto su contenido puede afectar a cualquier pacto sucesorio el artículo 133 debería formar parte de la nueva sección que con el título "disposiciones generales" se propone y a la que ya se ha aludido con anterioridad. Sin embargo entendemos también que al artículo 133 podría otorgársele una redacción más amplia que permitiera su ubicación en el Título preliminar como norma interpretativa e integradora de alcance general.

Y respecto de las partijas se propone la división interna del capítulo que las regula en cuatro secciones: una primera comprensiva de las disposiciones generales de la partición; la segunda regularía la partición por el testador; la tercera la partición por el contador–partidor; y una cuarta sección ordenaría la partición por los herederos.

Ya por lo que concierne a las *propuestas de desarrollo*, éstas afectan a cuatro materias: al testamento mancomunado, a las disposiciones testamentarias, a las legítimas, y a la partición por la mayoría.

En relación con el testamento mancomunado la sección, tal y como se expuso con anterioridad, ha presentado una propuesta de regulación que aclara e integra el régimen jurídico vigente. Sin embargo, también se propone una reforma diferente que no es incompatible con la anterior y que cabe calificar como novedad. En concreto, asumiendo el parecer expuesto por alguno de sus miembros, la sección considera que la regulación del testamento mancomunado debería reconducirse a los supuestos de verdadera significación práctica de la figura; esto es a los casos de testamento que, otorgado conjuntamente por los cónyuges y dotado de contenido particional, se ordenara mediante cláusulas recíprocamente condicionadas.

En relación con las disposiciones testamentarias, se estimó conveniente proponer la introducción de una sección en la que se tomase en consideración el contenido y trascendencia de algunas disposiciones cada vez más habituales en la práctica. Nos referimos a las disposiciones testamentarias a favor de quien cuide al testador. Y nos referimos también a la disposición testamentaria que tiene por objeto un bien ganancial. En el apartado 4 del parágrafo quinto de la ponencia se contemplan ambas disposiciones y el tratamiento que la

sección propone al fin de solventar los problemas que suscitan en la práctica. En concreto y respecto de la disposición testamentaria de un bien ganancial la solución que se propone pasa por la distinción entre la disposición del bien como cosa ganancial y la disposición del derecho que corresponde al testador en un bien ganancial.

En relación con las legítimas, se presentó a la sección un borrador de propuesta conteniendo una regulación íntegra de la materia. Sin embargo, a la vista de las diferencias que afectaban a cuestiones previas, los miembros de la sección convinimos en centrar el debate en un tema específico; a saber: el alcance subjetivo y objetivo que debería tener el sistema legitimario.

El transcurso de las sesiones evidenció la concurrencia de dos posiciones diferentes: por una parte, la de quienes consideraban que el sistema legitimario no debía ser modificado; por otra, la de quienes opinaban que debía proponerse un sistema de libertad de testar no coartado por sistema legitimario alguno. Después de un extenso y riguroso debate, la sección acordó por mayoría proponer al Congreso una solución intermedia que es la que se contiene en el apartado 4 del parágrafo 5 de la ponencia.

En particular la propuesta afecta a la determinación de los sujetos a quienes debe reconocerse la condición de legitimarios y al "quantum" de la legítima.

En orden al primer aspecto se propone que el precepto correspondiente considere como legitimarios a los hijos y descendientes de hijos premuertos justamente desheredados o indignos, así como al cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho cuando la separación estuviera debidamente acreditada.

En orden a la cuantía, si se tratara de descendientes se entendió que la legítima debía estar constituida por la cuarta parte del haber hereditario líquido.

Tratándose del cónyuge viudo, si concurriera con descendientes del causante le correspondería en concepto de legítima el usufructo vitalicio de una cuarta parte del haber hereditario. De no concurrir con descendientes del causante, el cónyuge tendría derecho al usufructo vitalicio de la mitad del caudal.

Quisiera reiterar el deseo de poder alcanzar durante las sesiones del Congreso una aproximación de pareceres que nos permita presentar una solución concordada al respecto.

Y llegamos ya, para terminar, a la partición por los herederos. Los miembros de la sección coincidimos en el hecho de que la regulación vigente de la partición por la mayoría plantea numerosos problemas prácticos que dificultan e incluso impiden su operatividad. Siendo ello así se convino en la necesidad de aprovechar una figura cuya utilidad nadie discute, pero que está necesitada de que se le otorgue un tratamiento legal diferente al actual.

En virtud de diversas propuestas presentadas, la sección promueve instaurar al respecto un sistema análogo al del contador–partidor dativo que habrá de tener la condición de abogado ejerciente en el distrito notarial en el que la partición se tramite. En el apartado quinto del parágrafo 8 se articula el sistema propuesto, teniendo en cuenta que en todo caso quedará sobreseído el expediente si antes de la designación del contador–partidor se hubiera promovido juicio divisorio o admitido a trámite la solicitud de nombramiento de contador–partidor dativo según el artículo 1.057 del Código civil.

* * *

Éste es el contenido básico de la ponencia con cuya justificación termina mi intervención en este acto. Pero quisiera concluirla agradeciendo públicamente a los integrantes de la sección ILDEFONSO SÁNCHEZ MERA el buen hacer, la constante disposición y el talante mostrado durante cada una de las sesiones celebradas para poder presentar a este Congreso la

correspondiente ponencia sobre Derecho sucesorio gallego".

Concluida la intervención del ponente, el Sr. Presidente explica que las comunicaciones que se eleven a enmiendas se convertirán en ponencia si consiguen la mayoría de votos.

A las 17:15 horas defiende su comunicación la Sra BERMEJO PUMAR, quien, por el momento, no aclara si desea convertir su comunicación en enmienda.

A las 17:25 horas se solicita la defensa de la comunicación realizada por el Sr. LÓPEZ SUÁREZ, no estando presente el comunicante.

Seguidamente, a las 17:27 horas, se procede a la defensa de la comunicación presentada por el Sr. PUENTES GONZÁLEZ.

El Sr. Presidente comunica que se va a modificar el sistema acordado para convertir las comunicaciones en enmiendas, de suerte tal que, una vez leídas todas las comunicaciones, el defensor de la ponencia tendrá un turno de réplica para contestar a las objeciones formuladas y después los comunicantes presentarán por escrito las enmiendas propuestas.

A las 17:35 horas defiende su comunicación el Sr. LEGERÉN MOLINA, quien manifiesta su intención de convertirla en enmienda:

"1. Se sugiere que el texto del apartado 8.3.A) de la ponencia se modifique en cualquiera de los dos sentidos siguientes:

a) Suprimiendo el inciso donde se señala que «Sin embargo, deberá sancionarse la validez de la partición aunque el valor de lo adjudicado a cualquiera de los partícipes en la comunidad hereditaria no se corresponda con la cuota atribuida en el testamento».

b) Modificando tal apartado para dar cabida a la rescindibilidad de la partición por testador por causa de lesión en más de un cuarto si hay expresa fijación de cuotas. De este modo, el citado apartado establecería que: «Aclarando lo dispuesto en los artículos 157.3 y 158.1 habrá de establecerse que la partición hecha por el testador en documento no testamentario deberá ajustarse a las disposiciones del testamento. *Tal partición será rescindible por lesión en caso de existencia de expresa fijación de cuotas en el testamento*».

2. Se propone añadir al apartado 8.3.C.d) de la ponencia el texto siguiente *«habiéndose de recoger expresamente la posibilidad de aplazamiento de pago de la legítima al fallecimiento del cónyuge supérstite»*. De esta forma, el indicado apartado quedaría como sigue: «A este respecto, se propone mantener el contenido del vigente art. 158.2 en cuya virtud en la partición conjunta la legítima podrá ser satisfecha con bienes de uno solo de los causantes, *habiéndose de recoger expresamente la posibilidad de aplazamiento de pago de la legítima al fallecimiento del cónyuge supérstite*».

A las 17:45 horas el Sr. DÍAZ FUENTES defiende la comunicación presentada por un grupo de abogados lucenses. El comunicante retira de su comunicación el contenido relativo al apartamiento por estar ya contemplado en la ponencia; sin embargo, mantiene los aspectos referentes a las legítimas, anunciando la

trasformación de los mismos en enmienda:

"ENMIENDAS o texto alternativo al de la Ponencia de la Sección 6.ª, sobre Derecho sucesorio, del III Congreso de Dereito Civil de Galicia, propuesta por las personas que firman al pie.

TÍTULO VIII
Sucesiones
[...]

Al Cap. IV.– De las legítimas:

«Legítima es la cuota de activo líquido que necesariamente corresponde a determinados parientes del causante de una sucesión y a su cónyuge, de no haberse excluido por apartamiento.

Son legitimarios en Galicia las mismas personas que el Código civil relaciona como herederos forzosos, en la cuantía y proporción que establece en cada caso».

Se mantiene la expresión de cuota de activo líquido de la LDCG de 1995, elegida intencionadamente por su carácter amplio y ambivalente para abarcar tanto la legítima como cuota de bienes hereditarios, el supuesto general, como si se resuelve en una cuota de valor, cuando se conmuta o paga en dinero por alguno de los mecanismos contemplados en el ordenamiento jurídico gallego o en el CC.

Este párrafo tomado de la Ley de 1995 experimenta, no obstante, alguna corrección de estilo, intentando mayor concisión.

A sabiendas de que la legítima puede ser atribuida por varios títulos, como se reconoce en el vigente art. 149 de la misma ley, la referencia a los herederos forzosos del CC quiere mostrar que no hay propósito de modificar su ámbito subjetivo, ni la parte que les está reservada o su relación proporcional.

Los proponentes consideran que en el derecho común se llegó a una solución equilibrada, que fue asumida en Galicia como adecuada a las necesidades de su propia sociedad civil, desde la cual no se ha planteado una demanda significativa de modificación al respecto, habida cuenta, sin duda, de la flexibilidad distributiva que permite entre los descendientes y el cónyuge, e incluso de ambos con algún extraño. Por otra parte, una tendencia reductora de la cuota de legítima tampoco se ha producido en el derecho común español, ni se ha intentado en las figuras equivalentes de los ordenamientos europeos de nuestra familia jurídica (Francia, Bélgica, Luxemburgo, Italia o Portugal), siendo razonable que tal orientación hubiera de sentirse primeramente en sociedades que hubieran alcanzado mayores niveles de desarrollo socio–económico, en las que las nuevas generaciones experimentan menor dependencia de las precedentes para su desenvolvimiento.

Desde el punto de vista histórico–consuetudinario, en Galicia el régimen sucesorio estuvo siempre relacionado con dos objetivos: la perpetuación familiar y la conservación del patrimonio que le sirve de soporte estable, cifrado en la Casa, como conjunto de bienes y unidad orgánica de explotación, en la que la mejora, como porción hereditaria destinada a los descendientes, pero de asignación libre entre ellos, combinada con la parte de libre disposición, que en muchos casos se destina a engrosar la mejora, hasta haber tomado expresión equiparable a ella, en la denominación y en la funcionalidad (mejora de tercio y quinto, mejora de tercio y medio, mejora de dos tercios), da a entender el aprecio irrenunciable de la figura de legítima amplia o extensa, que aunque se haya implantado sobre

todo en el mundo rural, es esencialmente aplicable a la sociedad industrial y urbana, o acomodable a ella, y no se suple con la determinación de ensanchar la parte de libre y entera disposición, desvinculada de los descendientes. Por otra parte, el extenso uso de la mejora y su combinación con el destino de la parte libre tampoco han conducido en Galicia a la propensión de abolir la legítima, ni a adoptar las fórmulas de legítima colectiva o de legítima nominal propias del derecho aragonés y navarro, respectivamente, ni a una cuota legítima menor, como es el caso catalán, éste por antiquísima tradición ligada a su forma de organización familiar y a la directa y remota acogida del derecho justinianeo en aquella comunidad.

Por el contrario, la propuesta de establecer ¾ de libre disposición y sólo ¼ de legítima de descendientes, que implica una extensión mimética del mencionado régimen catalán y desvincula excesivamente el patrimonio de la trayectoria de los descendientes, tanto más con la supresión de la parte hereditaria destinada a mejora, que eliminaría el apoyo del ordenamiento sucesorio a la institución familiar, rompiendo el actual equilibrio tripartito. En lugar de ello, la desmesurada ampliación de la disponibilidad a favor de extraños o de personas vinculadas a última hora, favorece los fenómenos de captación de voluntad y la caza de herencias de personas en situación sicológica disminuida o simplemente dependiente.

En cuanto a la legítima de los ascendientes, que ya tiene únicamente carácter subsidiario, a falta de descendientes, su supresión parece desacertada en una sociedad especialmente envejecida, con inversión de la pirámide de edad, e implica desprotección del colectivo que se halla en mayor riesgo de debilidad y abandono.

* * *

«La fijación de la legítima global se hará de acuerdo con las siguientes reglas:

1.ª Se atenderá al valor que tuvieren los bienes de la herencia al tiempo de la liquidación.

2.ª De dicho valor se deducirán:

a) Las deudas del causante.

b) Los gastos de su última enfermedad, enterramiento y funeral.

c) El importe de las mejoras útiles y gastos extraordinarios de conservación y reparación costeados por el mejorado por pacto en los bienes objeto de la mejora.

3.ª Al valor líquido obtenido se añadirá el actual de los bienes donados por el causante, exceptuando las liberalidades o agasajos de costumbre».

Frente a la tesis que tiende a satisfacer siempre la legítima en dinero y, por tanto, reputarla como u crédito, cuantificándolo con referencia al valor al tiempo de fallecimiento del causante, consideramos más adecuado y más justo atender al momento de la liquidación, puesto que desde la causación de la herencia el patrimonio puede experimentar sustanciales cambios de valor. El efecto todavía sería más pernicioso cuando no se satisfagan las legítimas *in natura*, sino el metálico.

El criterio de equidad aconseja adoptar en la regla 3.ª el valor actual de las donaciones, en lugar de lo expresado por la Ley gallega de 1995, que había vuelto al régimen originario del CC, propio de economías estables en cuanto al valor del dinero. La alta depreciación del mismo en los tiempos modernos ha motivado la superación del sistema, mediante la reforma del art. 1.045 en el año 1981 y no es aconsejable ahora la vuelta atrás.

* * *

«La determinación de la legítima individual entre varios legitimarios está sometida a las normas del Código Civil, con la salvedad de que quien haya sido apartado con arreglo a la

sección 4.ª del capítulo II de este mismo título no hace número».

Es consecuencia de lo ya expuesto y de la decisión de eliminar efectivamente de las operaciones liquidatorias, para todos los efectos, a quien haya sido excluido como legitimario. Congruente con ello será descartar también el cómputo de lo atribuido en apartamiento, para no ser imputable ni colacionable como si fuera *donatum*.

* * *

«1. La legítima podrá ser atribuida a título de herencia, legado, donación o de cualquier otro modo. Habrá de ser satisfecha con bienes de la herencia, salvo en los casos siguientes:

a) Cuando el causante dispusiese que se satisfaga en metálico, aunque no lo hubiese en la herencia.

b) Cuando lo conviniesen así el legitimario y el obligado al pago de la legítima.

c) Cuando se estipulase en el pacto de mejora.

2. No obstante, en el caso previsto en el apartado a) anterior, el heredero o herederos obligados al pago podrán optar por satisfacer la legítima con bienes de la herencia que no hubieren sido específicamente legados o asignados por el causante a persona determinada.

3. Comenzado el pago en dinero o en bienes, el legitimario podrá exigir el resto en la misma forma inicial».

La diversidad de títulos con que puede asignarse la legítima, sin tener que hacerse en concepto de herencia, es ya una regla universal, asumida también en el derecho común español y en las legislaciones forales.

Satisfacer la legítima en bienes de la herencia debe ser regla general y prioritaria, pero son de mantener las excepciones enunciadas ya en la LDCG de 1995: cuando el causante lo dispone o lo pacta, dos supuestos recogidos en las letras a) y c) del texto correspondiente, y cuando lo estipula el propio legitimario con el pagador de la legítima (letra b).

Aun previsto unilateralmente por el causante el pago en metálico, se reserva al heredero la opción de satisfacerla en bienes hereditarios, como dicta también el art. 842 del CC. Se trata de evitar que la falta de liquidez no coloque al heredero en la necesidad de enajenar o comprometer en garantía los bienes de la herencia, pues si a la postre pueden tener que cambiar de mano, mejor es que pasen a la del legitimario que no a la de un tercero.

En cambio, si esa forma de satisfacer la legítima fue pactada por el causante con el mejorado, debe ser éste constreñido por encima de toda otra consideración.

El supuesto de la letra c) puede parecer una obviedad, pero no dejará de ser fiscalmente útil, porque no es lo mismo comprar a otro su legítima que satisfacérsela simplemente en dinero.

* * *

«1. La decisión de pago en metálico y la propuesta de su importe serán comunicadas al legitimario en el plazo de un año desde la apertura de la sucesión. Desde ese momento tendrá el carácter de un crédito que devengará el interés legal desde la muerte del causante.

2. Para fijar la suma que haya de pagarse se atenderá al valor de los bienes en el momento de la liquidación y se aplicarán en los demás las reglas2.ª y 3.ª del artículo 147, así como el 148 de esta ley.

3. El pago se realizará en otro año más, salvo pacto en contrario.

4. Si el legitimario no mostrase conformidad con la cantidad ofrecida, el obligado al pago podrá acogerse a los efectos de la consignación judicial, pero el primero podrá instar la

fijación del importe de la legítima por el Juez competente en el procedimiento establecido para los actos de jurisdicción voluntaria. El Juez podrá disponer la práctica de prueba documental y pericial con el fin de conocer la calidad y la estimación de los bienes que componen la herencia, para establecer el montante de la legítima.

5. En cualquier caso, el legitimario dispondrá de dos meses para ejercitar la acción de complemento de legítima, directamente desde la notificación de la cantidad ofrecida por el obligado al pago o desde la resolución del Juez en jurisdicción voluntaria».

No basta notificar la opción tomada, porque en el caso c) del artículo anterior, no hay tal opción, sino que debe comunicarse el montante en que se evalúa.

El resto del texto responde al propósito de arbitrar un sistema de cuantificación sencillo, pero que no descanse en el arbitrio unilateral del heredero, y reservando siempre la acción de complemento de legítima.

* * *

«Cuando la legítima se convierta en crédito, todos los bienes de la herencia estarán afectos a su pago.

La acción de reclamación del mismo o de su suplemento tienen carácter personal.

El legitimario podrá pedir la anotación preventiva de la demanda de reclamación del crédito o de su suplemento».

Ha de quedar claro que la afectación de los bienes de la herencia es una garantía real únicamente aplicable cuando la legítima se convierte en un crédito, pues la situación ordinaria del legitimario es la de un comunero que ha de recibir su parte *in natura*.

Por la misma razón la acción es personal cuando versa sobre el crédito legitimario, mas si la legítima permanece en estado ordinario y su titular es un comunero de la herencia, está legitimado para el juicio divisorio y su acción es de naturaleza real.

El último párrafo del texto recoge lo que ya estaba previsto en la LDCG de 1995 y combina la ideación del art. 366, párr. Segundo, del catalán Código de Sucesiones por causa de muerte con el art. 15 de la LH".

Tras una pausa–café, a las 18:45 horas se reanuda la sesión, concediendo el Sr. Presidente la palabra al Sr. PÉREZ ÁLVAREZ para contestar o aceptar las enmiendas propuestas.

El Sr. PÉREZ ÁLVAREZ ofrece una transacción en el tema de las legítimas, ya que lo propuesto en relación con el derecho de labrar y poseer puede introducirse en la ponencia.

El Sr. Presidente concede cinco minutos a los congresistas que deseen intervenir, con la advertencia de que han de identificarse previamente.

Intervienen a continuación los siguientes congresistas:

- D. EDUARDO MÉNDEZ: defiende la libertad de testar en pro de la ancianidad; por ello propone, como primer paso, instaurar la legítima devaluada (1/4 parte) y suprimir la legítima de los ascendientes.
- Dña. ROSANA CORRAL GARCÍA: propone una solución intermedia consistente en destinar el 50 por 100 de la herencia a legítima, y que ésta,

a su vez, se distribuya en legítima estricta y mejora.

- D. IGNACIO CANDAL: por tradición jurídica defiende la tesis de la comunicación de los abogados de Lugo.
- Dña. VIVIANA GARCÍA LLERENA: solicita que se tenga en cuenta el contenido de la comunicación del Sr. LÓPEZ SUÁREZ, dado que dicho comunicante no pudo asistir al Congreso.
- D. JOSÉ LUIS GARCÍA–PITA: hace mención al artículo 33 de la Constitución Española y cree que este precepto no asegura la legítima; por ello defiende la libertad de testar.
- D. JOSÉ MANUEL CAMPOS MOSCOSO: cree que es preferible mantener el sistema actual de legítimas.
- D. MANUEL VIVERO: propone flexibilizar las causas de desheredación.
- D. ANDRÉS DELGADO MONTES: muestra su conformidad con la propuesta de la Sra. CORRAL GARCÍA. Propugna la libertad de testar, sin eliminar la legítima y la mejora, destinando el 50 por 100 de la herencia a cubrir las mismas a voluntad del testador. Pregunta a la ponencia qué entiende por situación de hecho similar al matrimonio.
- D. JOSÉ MANUEL LOIS PUENTE: defiende la libertad plena de testar, por ello acepta la reducción de la legítima a la cuarta parte.
- D. JOSÉ LUIS ESPINOSA: propugna la libertad de testar, basándose en que la mejora, que es una institución de derecho consuetudinario, constituye un tímido paso hacia la libertad de testar.
- D. VÍCTOR VARELA: no comparte la total libertad de testar.
- D. JOSÉ MANUEL NOVO RODRÍGUEZ: propugna que se mantenga la legítima dado que su supresión dejaría sin juego la apartación. Estima que la solución puede venir por la ampliación de las causas de desheredación.
- D. JESÚS VARELA SÁNCHEZ: propone conjugar la voluntad de testar y el respeto de las legítimas, modificando la legítima del cónyuge viudo asimilándola a la de los descendientes.

Finalizadas las intervenciones de los congresistas, se abre el turno a las enmiendas presentadas:

- El Sr. PUENTES GONZÁLEZ acepta la sugerencia o transacción propuesta por la ponencia en relación con el derecho de labrar o poseer. Sin embargo no comparte el sistema de legítimas propuesto por la ponencia y se manifiesta a favor de la propuesta contenida en la comunicación presentada.
- El Sr. LEGERÉN acepta la propuesta transaccional del Sr. PÉREZ ÁLVAREZ.

- El Sr. DÍAZ FUENTES se reafirma en su enmienda y sostiene que se mantenga el sistema de legítimas actual, dado que hay que tener en cuenta la familia en la sucesión, que constituye una relación de comunidad. Por tal motivo tampoco acepta la supresión de la legítima de los ascendientes. Sin embargo, puede compartir las opiniones de varios congresistas intervinientes relativas a la ampliación de las causas de desheredación.

A continuación el Sr. Presidente emplaza al defensor de la ponencia y a los enmendantes para que en la sesión de mañana formulen las correspondientes propuestas.

Y no habiendo más asuntos que tratar, siendo las 20:00 horas del mismo día, se levanta la sesión de la que yo, la Secretaria, con el V.ºB.º del Sr. Presidente, doy fe.

SESIÓN DEL DÍA 28 DE NOVIEMBRE DE 2002:

Presidente:
D. José Luis Rodríguez Pardo
Vicepresidente:
(Ausente)
Vocales:
Dña. Carmen Alarcón Prieto
D. Oscar Fernández Refoxo
Relator de la ponencia:
D. Miguel Ángel Pérez Álvarez
Secretaria:
Dña. María del Pilar Cortizo Mella

En la Sala de Cámara del Palacio de Con gresos de A Coruña, siendo las 10:20 horas del día 28 de noviembre de 2002, se constituye la Mesa con los asistentes reseñados al margen.

A las 10:30 horas da comienzo la sesión, tomando la palabra el Sr. Presidente, D. JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ PARDO, quien la concede a Dña. M.ª MERCEDES BERMEJO para que exponga el contenido de la comunicación que ha presentado y que ha convertido en enmienda.

Sostiene la Sra. BERMEJO que la reducción de la legítima no resuelve ningún problema, y que la fijación de la legítima no se opone en absoluto a la libertad del testador. Considera convenientes otras soluciones alternativas que posibiliten o propicien la libertad del causante en la configuración de la posición de los legitimarios.

Dña. M.ª MERCEDES BERMEJO entrega a la Mesa por escrito su enmienda, que se distribuye entre todos los asistentes:

"VOTO PARTICULAR SOBRE LA FÓRMULA TRANSACCIONAL DE REDUCIR LA LEGÍTIMA A UNA CUARTA PARTE.

Razones en las que fundo **el voto en contra** a la reducción de la cuota de la legítima.

1.ª La solución que se pretenda transaccional no solventa ninguno de los problemas que plantea la existencia de la legítima en su actual regulación. Es lo mismo, pero una cuota más reducida.

2.ª Las soluciones transaccionales podrían ser más resolutivas. Insisto, como ya hice en la comunicación, que siempre se dieron y se siguen dando limitaciones a las legítimas en atención a circunstancias puntuales (estas soluciones afectan –copio literalmente de la comunicación– a la 'composición del caudal, libertad de ciertos pactos, limitaciones de suceder impuestas a otros en el caso de que existan legitimarios, causas de privación de la legítima, normas de integración e interpretación de la voluntad que atiendan a una voluntad presunta que por cambios de mentalidad social, costumbres,... tengan que ser valoradas en forma distinta').

Son limitaciones a las legítimas:

- Las reglas sobre composición del caudal: las reservas, reversiones, facultades de opción, determinación de los bienes que deben traerse a colación o que deben computarse,... Recordemos, en este sentido, la clásica discusión sobre si los bienes atribuidos a los hijos deben hacer masa para el cálculo de la porción disponible.
  Las reglas sobre composición del caudal deben tenerse en cuenta si se va a privar de legítima a los ascendientes y se piensa en aquel 'pobre padre' –del que se habló en la sesión– que termina sus días en el asilo, y resulta que lo es de aquel hijo sin hijos que le premuere.
- Son limitaciones a las legítimas, también, las condiciones formales y substantivas sobre la exclusión, separación, apartación y desheredación.
- Las reglas sobre la fijación de la legítima.

Todos los sistemas son legitimarios. Lo que diferencia unos de otros es el mayor grado de libertad en la determinación de la posición jurídica del que ostenta la condición de legitimario.

3.ª En contra de la libertad de testar manifiesto que ésta se plantea como una relación entre el causante y el legitimario. Pero la legítima se da no sólo entre el legitimario y el causante, sino que, en sus efectos, sólo se da a favor del legitimario frente a otros distintos del causante. Por tanto la legítima no se opone, o no se opone esencialmente, a la libertad de testar. Una vez muerto el causante, momento en que la legítima es efectiva, el causante ya no existe y, por tanto, ya no tiene libertad.

Esto explica cómo en sistemas en los que el padre ostentaba plena autoridad sobre su hijo, no podía, en cambio, privarle de sus derechos sucesorios sin causa. Y es que al morir el padre, esa autoridad sobre el hijo cesaba también.

Los dos decálogos bíblicos no contienen la obligación de cuidar al hijo y, sin embargo, en las leyes (Levítico), se impone la obligación de respetar unos derechos sucesorios. En el Derecho castellano (Fuero Viejo) el padre puede desatender a su hijo con obligación de abonar lo que otro hubiese gastado en cuidarlo y si no lo hace el hijo es esclavo del cuidador, pero, existen derechos sucesorios a favor del hijo.

4.ª Nada impide a los causantes el que realicen en vida cuantos actos deseen o necesiten para conseguir ser atendidos y obligarse a satisfacer los servicios prestados cualquiera que sea el valor de la contrapartida. Los actos en que así se convengan serán actos entre vivos y con sujeción a las reglas de éstos, pero no tienen porque convertirse estas personas en los sucesores por causa de muerte de no incurrir los hijos en las causas graves que le priven de su condición de legitimarios.

Considero que las medidas transaccionales deben ser más eficaces: ampliar los bienes

que no integran la masa por estar reservados a favor de determinadas personas –como el cónyuge, ¿de qué le sirve el ajuar al cónyuge si se queda sin su hogar?–. Criterios cronológicos, que actualmente se tienen en cuenta a efectos fiscales –en algún momento incluso se tuvo en cuenta la edad para establecer la libertad de testar–. Agravar la obligación de alimentos de los hijos respecto de sus padres ancianos. Permitir que los padres puedan ordenar que con los bienes que dejan a sus hijos éstos cumplan la obligación legal de prestar auxilios a los hermanos que los necesiten; ésta no es una obligación voluntaria impuesta por el testador, es una obligación legal. Ésta es una cuestión ingeniosamente resuelta en Derecho alemán recogida tímidamente en nota al pie del trabajo sobre la obligación de alimentos del prof. DORAL GARCÍA. Recordemos cómo la teoría del cumplimiento por otro de las obligaciones de este carácter legal está plenamente aceptada en ciertos ámbitos como el tributario".

El Sr. Presidente concede entre cinco y diez minutos a los congresistas para leer el contenido de la enmienda propuesta por la Sra. BERMEJO.

A continuación toma la palabra el defensor de la ponencia, Sr. PÉREZ ÁLVAREZ, para pronunciarse en relación con las enmiendas. En relación con la de la Sra. BERMEJO le brinda la posibilidad de llegar a una transacción. Continúa el Sr. PÉREZ ÁLVAREZ, y en relación con la intervención del Sr. PUENTES, relativa al derecho de labrar y poseer, manifiesta que acepta la introducción en la ponencia de la modificación propuesta.

Interviene nuevamente la Sra. BERMEJO manifestando que retira la enmienda y que la mantiene, no obstante, como un voto en contra de la ponencia.

El Sr. LEGERÉN solicita que se incorpore a la ponencia parte de su enmienda relativa a que la partición se pueda rescindir por causa de lesión si no se ajusta al testamento del causante. El Sr. PÉREZ ÁLVAREZ manifiesta que esta cuestión se reserva para el debate.

Interviene el Sr. PÉREZ ÁLVAREZ y en relación con la comunicación del Colegio de abogados de Lugo, en el aspecto atinente a la apartación, se aprueba el texto de la ponencia al haber retirado los abogados de Lugo la comunicación relativa a ese apartado.

Dado que algún participante solicitó que se suprimiera la referencia a la posibilidad de hacer testamento mancomunado fuera de Galicia, reitera el Sr. PÉREZ ÁLVAREZ que este extremo se dejará también para el debate.

Por último, puntualiza el Sr. PÉREZ ÁLVAREZ, en relación con las legítimas que, a diferencia de lo que contempla la prensa de hoy, no es cierto que existan en esta sección dos posturas: una que defiende a la familia y otra que no. Entiende el Sr. PÉREZ ÁLVAREZ que ambas posturas defienden a la familia.

Se abre un turno de debate e intervención de los asistentes, interviniendo los siguientes:

- La Sra. BERMEJO, que reitera que retira su enmienda, pero mantiene su postura como un voto en contra de la ponencia.

– D. GUILLERMO DÍAZ propone acudir a la decisión de la mayoría de los asistentes para adoptar una postura en relación con las legítimas; solicita que no se retire la ponencia en lo relativo a este extremo.

A las 11:20 horas el Sr. Presidente suspende la sesión durante media hora dado que, por causas ajenas a su voluntad, no está presente el Sr. DÍAZ FUENTES para defender su enmienda.

A las 12:00 horas se reanuda la sesión, tomando la palabra D. ANTONIO DÍAZ FUENTES, el cual manifiesta que si bien no rechaza la propuesta de transacción ofrecida por el Sr. PÉREZ ÁLVAREZ solicita que la Mesa suspenda la sesión durante media hora, con objeto de cambiar impresiones entre los proponentes de la enmienda y los redactores de la ponencia.

Por consiguiente el Sr. Presidente da por cerrada la sesión de la mañana emplazando a los asistentes para la tarde del día de hoy, que será cuando se sometan a votación las distintas propuestas o, en su caso, la transacción alcanzada.

A las 16:10 horas da comienzo la sesión de esta tarde concediendo la palabra el Sr. Presidente a D. MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ÁLVAREZ, el cual manifiesta que la ponencia no ha alcanzado ningún acuerdo con los defensores de la enmienda presentada por el Colegio de abogados de Lugo, ante lo cual el Sr. Presidente comunica que, en definitiva, quedan vigentes las dos enmiendas relativas al tratamiento de la legítima: la enmienda formulada por D. JOSÉ PUENTES y la formulada por el Colegio de abogados de Lugo.

Interviene a continuación D. ÁNGEL REBOLLEDO VARELA alegando su condición de componente de la ponencia de sucesiones para informar que, al no estar presente en esta sección, por intervenir en la sección tercera, solicita un turno de intervención en defensa de la ponencia.

El Sr. Presidente contesta al Sr. REBOLLEDO que dará la palabra a cualquiera de los representantes de la ponencia; por consiguiente que entre ellos decidan quién va a intervenir o repartan, en su caso, el tiempo que se concede a cada interviniente.

Interviene el Sr. PUENTES para defender su enmienda basándose en que la propuesta de la ponencia no le parece conforme con la tradición jurídica gallega.

Toma la palabra el Sr. DÍAZ FUENTES para defender la enmienda presentada por el Colegio de abogados de Lugo; aclara, en primer lugar, que no fue posible alcanzar una transacción con la ponencia ya que no se trata de un asunto cuantitativo sino de cualificación jurídica, que conlleva otras consecuencias. Sostiene, además, que la degradación cuantitativa de la legítima a la que tiende la ponencia no obedece ni a la tradición jurídica gallega ni a la de los países de nuestro entorno. Por ello considera que no debe situarse a Galicia en una situación de punta de lanza.

Para el Sr. DÍAZ FUENTES la mejora constituye una pieza esencial del Derecho civil gallego que no puede desaparecer. Además, el reconocimiento de la familia en la sucesión tiene una importancia fundamental. Por otra parte, le parece contradictorio al Sr. DÍAZ FUENTES mantener la compañía familiar gallega obviando,

sin embargo, ese vínculo familiar en la delación de la herencia. Por consiguiente, sostiene el Sr. DÍAZ FUENTES que la división de la herencia en tres tercios es una solución equilibrada, por lo cual solicita a la Mesa que se someta a votación el mantenimiento tanto de la legítima de los descendientes como la de los ascendientes, máxime cuando esta última tiene ya un carácter subsidiario.

El Sr. REBOLLEDO y el Sr. PÉREZ ÁLVAREZ deciden repartirse el tiempo de intervención concedido por la Mesa, comenzando el Sr. REBOLLEDO para manifestar que la ponencia no está en contra de la legítima, ya que el sistema legitimario está enraizado en la filosofía gallega; no obstante, los gallegos no tienen conciencia de que su derecho de legítima alcance a la mejora, "los gallegos sólo tenemos conciencia de la legítima estricta" y de que la mejora se distribuye entre los descendientes de forma voluntaria por el testador. La ponencia no impide la mejora, sino que pretende que la mejora sea voluntaria. Afirma el Sr. REBOLLEDO que suprimiendo la obligatoriedad de la mejora no se suprime la legítima.

Interviene el Sr. PÉREZ ÁLVAREZ matizando nuevamente que la ponencia también defiende la familia y que el argumento de apoyarse en la legislación de los países del entorno no es válido. Propone el Sr. PÉREZ ÁLVAREZ modificar la ponencia en el sentido de fijar la legítima en un tercio.

Solicita de nuevo la palabra el Sr. DÍAZ FUENTES para contestar a D. MIGUEL ÁNGEL PÉREZ en el sentido de que no le cabe duda de que la ponencia defiende a la familia; otra cosa es que él no comparta la postura de la ponencia. En cuanto a la intervención del Sr. REBOLLEDO, contesta el Sr. DÍAZ FUENTES que él defiende que se siga manteniendo la legítima.

Pide la palabra el congresista asistente D. JOSÉ LUIS ESPINOSA para formular una protesta relativa a la suspensión de la sesión de esta mañana para alcanzar una transacción cuando era ya previsible que no se conseguiría tal transacción.

Cerrado el turno de exposiciones, a las 16:55 el Sr. Presidente propone que se proceda a la votación de la ponencia y de las enmiendas, existiendo los siguientes planteamientos:

- Aprobación o no de la ponencia, con su correspondiente modificación.
- Aprobación de la enmienda que propone D. JOSÉ PUENTES, consistente en mantener el texto de la actual Ley de Derecho civil de Galicia.
- Aprobación de la enmienda que propone el Colegio de abogados de Lugo, consistente en la remisión al Código civil para la fijación de legítimas y legitimarios.

D. JOSÉ PUENTES decide refundir su enmienda en la enmienda presentada por el Colegio de abogados de Lugo, ante lo cual el Sr. Presidente procede a dar lectura al texto de la enmienda presentada por el Colegio de abogados de Lugo tal como figura en la documentación del Congreso. A continuación da lectura el Sr. Presidente al texto de la ponencia, en su apartado 6.2, página 17, con la única modificación del apartado B) en el sentido de fijar la cuantía de la legítima en un tercio, en vez de la

"cuarta parte" que figuraba en el texto originario de la ponencia.

Seguidamente se somete a votación la enmienda presentada por el Colegio de abogados de Lugo. Antes de comenzar la votación se suspende la sesión durante diez minutos a fin de conseguir la lista definitiva de asistentes a esta ponencia, con el objeto de comprobar que tan sólo emiten su voto los congresistas adscritos a esta sección.

A las 17:30 horas se reanuda la sesión, procediéndose a la votación de la enmienda y del texto definitivo de la ponencia.

La votación se realiza dando lectura a la lista de congresistas adscritos a la sección sexta, mediante llamamiento individual a cada uno de ellos. En este acto formula protesta D. LUIS ROMERO BUENO, por entender que la votación así realizada infringía el artículo 30 del Reglamento del Congreso. El Sr. Presidente contesta a este congresista que se realiza la votación de esta forma a fin de garantizar que tan sólo votan las personas adscritas a la sección, dado que existían papeletas de voto en poder de asistentes que carecían del derecho de voto en esta sección.

Verificada la votación de la única enmienda que se mantiene en este momento, arroja el siguiente resultado:

- 58 votos a favor de la enmienda.
- 67 votos en contra de la enmienda.
- 5 abstenciones.

Dado que los votos favorables a la enmienda son inferiores al número de votos de rechazo de la misma queda ésta desestimada. No obstante, al haber alcanzado un porcentaje de votación superior al 20 por 100 de los votos emitidos, se concede a los enmendantes la facultad reglamentaria de defender dicha enmienda ante el Pleno del Congreso en la sesión de mañana día 29.

A continuación se somete a votación el texto de la ponencia en su totalidad, con la modificación, anteriormente mencionada, respecto de la sustitución de la cuarta parte allí figurada por la tercera parte, tal como ya se ha expresado. Dicha votación arrojó el siguiente resultado:

- 57 votos a favor de la ponencia.
- 54 votos en contra de la ponencia.
- 9 abstenciones.

A la vista de los resultados, el Sr. Presidente considera admitida la ponencia para su defensa ante el Pleno del Congreso y levanta la sesión.

CONCLUSIONES DE LA SECCIÓN:

PRIMERA.– Sobre el artículo 117 de la Ley de Derecho civil de Galicia:

El capítulo I, bajo el encabezamiento *"Disposición General"* tiene como contenido un único precepto –el artículo 117– que regula los modos de deferir la

sucesión. En concreto, el artículo 117 dispone por medio de su párrafo primero lo siguiente: *"La delación sucesoria puede tener lugar por testamento, por ley y por los pactos sucesorios regulados en esta ley"*. Se considera al respecto lo siguiente:

En primer lugar, que en buena técnica jurídica y adoptando la propia sistemática que en los capítulos siguientes asume la Ley de Derecho civil de Galicia –pactos sucesorios, sucesión testada, legítimas, sucesión intestada y partijas– la referencia a los pactos sucesorios debería preceder al testamento y a la ley en la enumeración de los modos de deferir la sucesión.

Y en segundo lugar, la alusión que se contiene en el artículo 117.1 a los pactos sucesorios "regulados en esta ley" debe ser matizada. Lo anterior por cuanto que existen figuras en el Código civil que como excepción a lo establecido por el artículo 1.271, párr. 2.º –vid. arts. 826, 827 y 1.341.2 Cc– pueden encerrar pactos sucesorios y jugarían también en el ámbito del Derecho gallego. En consecuencia, la referencia a los pactos sucesorios "regulados en esta ley" debería ser sustituida por la de "los pactos sucesorios admisibles con arreglo a Derecho".

Por todo lo anterior se estima como más acorde con el espíritu y sistemática de la Ley de Derecho civil de Galicia la siguiente redacción que se propone al Pleno para el artículo 117: "La sucesión se defiere, en todo o parte: 1.º Por cualquiera de los pactos sucesorios admisibles con arreglo a Derecho. 2.º Por testamento. 3.º Por disposición de la ley".

SEGUNDA.– Sobre los pactos sucesorios:

2.1. Sobre la conveniencia de disposiciones generales en las que se contenga el régimen genérico de los pactos sucesorios.

Se considera que la regulación de la materia debería ir encabezada por una primera sección en la que –bajo el título "Disposiciones generales"– tendrían acomodo las normas que integran el régimen común a todo pacto sucesorio. Teniendo presente lo anterior, en dicha sede habrían de regularse las siguientes cuestiones: determinación de las figuras identificables con los pactos sucesorios; capacidad, forma y otorgamiento de los pactos por poder; e interpretación de los pactos sucesorios.

A) **Determinación de los pactos sucesorios.** Respecto de la determinación de las figuras identificables en sentido propio con los pactos sucesorios, se considera que, en cuanto el derecho de labrar y poseer no es sino un pacto referente a la mejora, en la enumeración legal correspondiente sólo deben ser considerados pactos sucesorios los de mejora, los de apartamiento y los referentes al usufructo voluntario de viudedad.

B) **Capacidad, forma y otorgamiento de los pactos por poder.** En relación con estos temas, en el ámbito de las disposiciones generales de los pactos sucesorios consideramos conveniente concluir lo siguiente:

a. *Capacidad.* Se estima que deberá precisarse que los pactos sólo pueden ser otorgados por personas que, siendo mayores de edad, tengan plena

capacidad de obrar.

b. *Forma*. Se considera necesaria una norma en la que de modo directo se disponga que los pactos habrán de ser otorgados en escritura pública. De este modo se solventan además los problemas planteados por la disposición adicional 1.ª de la Ley de Derecho civil de Galicia que, entendida en un sentido literal, sólo parece exigir escritura pública para las donaciones de inmuebles por razón de pactos sucesorios.

c. *Otorgamiento de los pactos sucesorios por poder*. A este respecto se estima conveniente admitir de forma expresa el otorgamiento de los pactos por poder que, teniendo carácter especial, habrá de contener los elementos esenciales del negocio.

C) **Interpretación de los pactos sucesorios.** Se considera que el vigente artículo 133 de la Ley de Derecho civil de Galicia referente a la interpretación de las estipulaciones contenidas en un pacto de mejora y que forma parte de las normas referentes al derecho de labrar y poseer debería integrarse en el ámbito de las disposiciones generales por cuanto su contenido puede afectar a cualquier pacto sucesorio. No obstante lo anterior, se entiende también que al artículo 133 de la Ley de Derecho civil de Galicia podría otorgársele una redacción más amplia que permitiera su ubicación en el Título preliminar como norma interpretativa e integradora de alcance general.

2.2. Sobre el pacto de mejora:

Bajo un epígrafe genérico con el título "De los pactos de mejora" debería acogerse el régimen general aplicable a los pactos por los que se conviene la sucesión en favor de los descendientes. Con el presupuesto anterior y a la vista de las dudas doctrinales que ha suscitado la parca regulación contenida en los artículos 128 y 129 de la Ley de Derecho civil de Galicia, se propone al Pleno lo siguiente:

En primer lugar, que en relación con los pactos de mejora deberían especificarse los siguientes aspectos: de entrada, que los pactos sucesorios de mejora pueden suponer la entrega o no de presente de los bienes a que se refieren. Los *pactos sucesorios de mejora con entrega de bienes* deben conllevar la adquisición de la propiedad por parte del mejorado sin que el adjudicante pueda disponer de los bienes, salvo que se hubiera reservado dicha facultad. Por lo que atañe al *pacto de mejora realizado sin entrega de bienes*, se considera necesario especificar que en tales casos el adjudicante conserva la plena libertad dispositiva, determinando las consecuencias a seguir para los casos en que el acto de disposición se lleve a cabo –ineficacia del pacto–.

Y en segundo lugar, también se entiende que el régimen jurídico de los pactos de mejora habría de completarse con un precepto que determine las causas de *ineficacia del pacto*. Sobre este particular se considera que, si bien ubicado en sede del derecho de labrar y poseer, el vigente artículo 132.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia –dejando a salvo el supuesto previsto en el artículo 132.1.c– trasciende a todos los pactos de mejora. Por ello se propone que, con las debidas adaptaciones, el artículo 132.1 se traslade al epígrafe propuesto por la sección en el que se regularían los pactos de mejora de modo genérico. Con el presupuesto anterior los pactos de

mejora quedarían sin efecto: si el mejorado incumpliera las obligaciones asumidas; por premoriencia del mejorado, salvo pacto expreso de sustitución o que la mejora se hubiera llevado a cabo con entrega de bienes; por incurrir el mejorado en causa de desheredación o indignidad; por su conducta injuriosa o vejatoria; y, habiendo entrega de bienes, por ingratitud.

2.3. Sobre el derecho de labrar y poseer, en particular:

Respecto de la regulación contenida en la Ley de Derecho civil de Galicia sobre el derecho de labrar y poseer, se hacen al Pleno las siguientes propuestas:

En primer lugar, se considera conveniente que la atribución al adjudicatario de la *facultad de compensar en metálico* a los demás interesados en la partición se acompañe de la facultad ulterior de hacer el pago dentro de los cinco años siguientes a la apertura de la sucesión. Ello siempre y cuando el adjudicatario garantice el cumplimiento cuyo pago en metálico se retrasa.

En segundo lugar, en virtud del contenido propuesto en el epígrafe 3.2 para el pacto de mejora los supuestos de *ineficacia del derecho de labrar y poseer* quedarían limitados al vigente artículo 132.1.c y al 132.2. Por tanto, además de por las causas comunes a los pactos de mejora, el derecho de labrar y poseer quedaría sin efecto: si durante dos años consecutivos el mejorado abandonara en vida del adjudicante, totalmente y sin justa causa, la explotación de los bienes que la componen.

2.4. Sobre el apartamiento:

Se estima conveniente resolver algunas cuestiones suscitadas por la regulación vigente en relación con el objeto del apartamiento, la relación del apartamiento con la sucesión intestada y la obligación de colacionar lo dado en apartamiento.

A) **El objeto del apartamiento.** En orden a esta cuestión se considera que debería explicitarse que el apartante podrá adjudicar al apartado "cualesquiera bienes o derechos" con independencia de su valor.

B) **La relación entre el apartamiento y la sucesión intestada.** A este respecto se estima que sería oportuno determinar expresamente la validez del pacto por el que el legitimario quede excluido, no sólo de la condición de heredero forzoso, sino también del llamamiento a la sucesión legal.

C) **Apartamiento y obligación de colacionar.** Con el fin de evitar dudas al respecto, debería concretarse que, dejando a salvo la dispensa expresa del apartante, lo que se hubiera dado en apartamiento habrá de traerse a colación si el apartado o sus descendientes concurriesen como herederos a la sucesión con otros legitimarios.

TERCERA.– Sobre el usufructo voluntario del cónyuge viudo:

3.1. Sobre la ubicación sistemática del usufructo del cónyuge viudo:

La Ley de Derecho civil de Galicia regula el usufructo del cónyuge viudo en el ámbito de los pactos sucesorios. Sin embargo se estima que, en cuanto puede ser

constituido también por medio de testamento, el usufructo voluntario del cónyuge viudo debería ser objeto de regulación con carácter independiente. Ello sin perjuicio de que, en atención al cauce de constitución, al usufructo del cónyuge viudo le sean de aplicación las normas referentes al testamento o a los pactos sucesorios.

3.2. Sobre el régimen jurídico del usufructo del cónyuge viudo:

Ya por lo que respecta al contenido de los artículos que integran el régimen del usufructo del cónyuge viudo, se hacen las siguientes propuestas que atañen a la redacción del artículo 118, a la obligación de hacer inventario y prestar fianza, a las facultades del usufructuario, así como a la ineficacia del usufructo y a su extinción.

A) **El artículo 118 de la Ley de Derecho civil de Galicia.** El vigente artículo 118 tiene una redacción confusa en la que se entremezclan los cauces de constitución del usufructo del cónyuge viudo y la ineficacia del mismo en virtud de la voluntad que lo constituyó. Por esta razón la sección propone regular en artículos diferentes la cuestión relativa al modo de constitución del usufructo y la ineficacia del mismo derivada de la voluntad o voluntades que lo constituyeron. Por lo que a la primera cuestión se refiere, se propone otorgar al artículo 118 la siguiente redacción: "Los cónyuges podrán pactar en escritura pública o disponer en testamento la atribución unilateral o recíproca del usufructo sobre la totalidad o parte de los bienes". De esta forma se somete el usufructo parcial de viudedad a las normas de la Ley de Derecho civil de Galicia, resolviendo además las dudas suscitadas al respecto.

B) **Inventario y fianza.** Dejando a salvo lo que pudiera haberse dispuesto en el título constitutivo, se considera conveniente eximir con alcance general al cónyuge viudo de la obligación de formar inventario de los bienes usufructuados y de prestar fianza. Como complemento de la regla general expuesta parece conveniente atribuir a los legitimarios la facultad de exigir la prestación de fianza para salvaguardar la legítima. Para los supuestos en que el viudo estuviese obligado a formar inventario, la sección estima conveniente precisar un plazo que podría ser de seis meses contados desde la apertura de la sucesión.

C) **Facultades del usufructuario.** En orden a las facultades del usufructuario reguladas en el artículo 122 de la Ley de Derecho civil de Galicia, se estima conveniente la inclusión de la facultad del cónyuge viudo para cobrar créditos de la herencia.

D) **Ineficacia del usufructo.** Se considera adecuado suplir la inexistencia de una norma relativa a los supuestos en que el usufructo queda sin efecto. A este respecto se propone establecer que el usufructo del cónyuge viudo debe quedar sin efecto en los supuestos de indignidad para suceder, por haber sido el cónyuge desheredado, por declaración de nulidad del matrimonio, divorcio y por separación judicial o de hecho debidamente acreditada. Junto con lo anterior, el usufructo de viudedad también habrá de quedar sin efecto: el pactado, por mutuo acuerdo; el testamentario, por su revocación.

E) **Extinción del usufructo.** Y en orden a las causas de extinción del usufructo, el artículo 127.b dispone que el usufructo de viudedad se extingue por nuevo matrimonio del usufructuario, salvo pacto o disposición en contrario. Se

propone que además del nuevo matrimonio se tome en consideración la "situación de hecho asimilable" al mismo.

CUARTA.– Sobre la sucesión testada:

Bajo el epígrafe *"De la sucesión testada"*, el capítulo III de la Ley de Derecho civil de Galicia comprende cuatro secciones en las que se regula sucesivamente el "testamento abierto notarial" –sección 1.ª–, el "testamento mancomunado" –sección 2.ª–, el "testamento por comisario" –sección 3.ª– y las "mejoras testamentarias y los legados" –sección 4.ª–. En orden al contenido de las secciones que integran el capítulo III se concluye lo siguiente:

4.1. Sección 1.ª: El testamento abierto notarial:

A) **Sobre el título de la sección 1.ª.** La sección primera en la que se regula el "testamento abierto notarial" comprende un sólo precepto. Se trata del artículo 136. De entrada y con el fin de evitar dudas al respecto, se considera conveniente modificar el título de la sección –"Del testamento abierto notarial"– sustituyéndolo por el siguiente: "Del testamento abierto ordinario". Ello por cuanto que el único precepto de la sección –artículo 136– se refiere al testamento abierto ordinario y de ese modo se excluye cualquier duda sobre la aplicabilidad del precepto a los casos de testamento otorgado en inminente peligro de muerte que habrán de regirse por lo dispuesto en los artículos 700 y ss. del Código civil.

B) Sobre el contenido del artículo 136. Ya por lo que respecta en concreto al contenido del artículo 136, se considera conveniente proponer las modificaciones que a continuación se exponen:

En primer lugar, parece aconsejable suprimir la referencia que se hace en el párrafo primero del artículo 136 al testamento por comisario –*"el testamento abierto podrá ser individual, mancomunado <o por comisario>"*–. Lo anterior por cuanto que el testamento por comisario regulado por los artículos 141 y ss. de la Ley de Derecho civil de Galicia poco tiene que ver con el testamento abierto. Y es que ni la designación del comisario *ex* artículos 141 y ss. habrá de hacerse en testamento abierto, ni el comisario tiene que ejercitar sus funciones por medio de testamento abierto –podrá hacerlo a través de actos "inter vivos" o "mortis causa"–.

En segundo lugar, resulta a todas luces necesaria la modificación de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 136 que regula la capacidad de los testigos del testamento abierto ordinario. A tales efectos la Ley de Derecho civil de Galicia exige que los testigos tengan *"plena capacidad jurídica"*. La referida expresión constituye un error por cuanto debe decir "plena capacidad de obrar". Pero además la regulación vigente plantea la duda de si son aplicables las causas de ineptitud de los testigos previstas en el artículo 681 del Código civil.

En atención a lo expuesto se propone otorgar al artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia la siguiente redacción: "El testamento abierto ordinario se otorgará ante Notario con las formalidades que le sean propias y podrá ser individual o mancomunado".

4.2. Sección 2.ª: El testamento mancomunado:

En relación con el testamento mancomunado se propone una modificación de alcance general. En concreto se considera que debería reducirse el ámbito del testamento mancomunado, circunscribiendo la figura al testamento que, otorgado conjuntamente por los cónyuges, tuviera contenido particional y se ordenara mediante cláusulas recíprocamente condicionadas. Además, a la vista de los problemas que puede plantear en orden al Derecho interregional se propone prescindir de cualquier referencia al testamento mancomunado otorgado fuera de Galicia.

Al margen de las propuestas generales anteriores, lo que no ofrece dudas es que la regulación vigente del testamento mancomunado presenta algunas insuficiencias y defectos, precisando de ciertas aclaraciones que solventen las dudas que suscita el régimen vigente obstaculizando su otorgamiento.

A) **Sobre las insuficiencias del régimen jurídico del testamento mancomunado.** En orden a las lagunas que presenta la normativa vigente del testamento mancomunado la sección considera lo siguiente: en primer lugar, que debido a su importancia y consecuencias prácticas deberían definirse las cláusulas correspectivas, delimitando el alcance de las mismas. En segundo lugar, que habrían de especificarse las consecuencias a seguir en los casos en que los otorgantes dispusieran de bienes comprendidos en alguna cláusula correspectiva. En tercer lugar, dadas las singularidades que al respecto presenta el testamento mancomunado, se estima conveniente la introducción de un precepto en el que, una vez fallecido uno de los otorgantes, se reconozca a los interesados el derecho a copia del testamento mancomunado y el contenido de la misma. Y en cuarto lugar, que habrán de resolverse las dudas que ha suscitado el régimen vigente debido a la inexistencia de una norma que de modo directo establezca la forma del testamento mancomunado.

a. *La definición de las cláusulas correspectivas.* En orden a esta cuestión, se propone la siguiente definición: "Son correspectivas las disposiciones de contenido patrimonial cuya eficacia estuviera recíprocamente condicionada por voluntad expresa de los otorgantes". Junto con lo anterior y con el fin de soslayar futuros problemas interpretativos parece conveniente determinar que en todo caso "la correspectividad no se presume".

b. *La facultad de disposición respecto de bienes comprendidos en el testamento mancomunado.* La regulación vigente tampoco establece nada en orden a esta cuestión. Parece claro que el otorgamiento del testamento mancomunado no debe limitar la facultad dispositiva de los otorgantes. Por ello resulta conveniente introducir una norma que de modo expreso reconozca la facultad de los otorgantes para disponer, *inter vivos* o *mortis causa*, de los bienes que han sido objeto de algunas de las cláusulas del testamento mancomunado.

   Teniendo presente lo anterior se hace necesario resolver una cuestión que carece de regulación en la Ley de Derecho civil de Galicia: las

consecuencias a seguir en los casos en que el acto de disposición afectase a bienes comprendidos en una cláusula correspectiva. Sobre este particular se considera que si el acto de disposición de bienes comprendidos en una cláusula correspectiva se realizara en vida de los cónyuges, habrá de producirse la ineficacia de las cláusulas recíprocamente condicionadas con aquélla. Y si el acto de disposición de bienes comprendidos en una cláusula correspectiva se llevara a cabo fallecido uno de los cónyuges, al beneficiario de la disposición testamentaria habría de reconocérsele la facultad de reclamar el valor actualizado de los bienes objeto de la disposición con cargo a la herencia del disponente.

c. *El derecho a copia del testamento mancomunado.* Dada su singularidad, se considera aconsejable explicitar que los interesados en la sucesión de uno de los otorgantes fallecido tendrán derecho a copia del testamento que en todo caso sólo deberá contener las disposiciones que afecten a la sucesión abierta.

d. *La forma del testamento mancomunado.* La obscuridad de la Ley de Derecho civil de Galicia en relación con esta cuestión ha suscitado dudas que convendría resolver. A este respecto, se considera necesaria la introducción de un precepto en el que sin ambages se declare que "el testamento mancomunado habrá de ser otorgado en forma abierta notarial". De este modo se resuelven las dudas que pudieran suscitarse en orden a la validez del testamento mancomunado que se hubiera otorgado asumiendo, por ejemplo, la forma ológrafa. Se considera que, mientras no se generalice el empleo del testamento mancomunado y dado los problemas derivados de la inclusión de cláusulas correspectivas, la forma abierta notarial constituye el cauce idóneo para el otorgamiento del testamento mancomunado.

B) **Sobre las deficiencias del régimen jurídico del testamento mancomunado: las normas reguladoras de la revocación.** Pocos aspectos de la Ley de Derecho civil de Galicia han suscitado tantos problemas e interpretaciones como los referentes al régimen de la revocación del testamento mancomunado. Por ello, la sección propone otorgar un nuevo contenido a los artículos que regulan la revocación del testamento mancomunado, dotándoles de claridad y resolviendo los problemas que la redacción actual plantea. A este respecto se propone lo siguiente:

a. *El principio general de libre revocabilidad.* Se habrá de determinar con claridad que en todo momento el testamento mancomunado puede ser revocado conjuntamente por los otorgantes y de forma unilateral por cualquiera de ellos en lo que atañe a sus disposiciones no correspectivas.

b. *La revocabilidad de las disposiciones correspectivas.* Tratándose de cláusulas correspectivas, la revocación sólo podrá hacerse en vida de ambos cónyuges produciendo como efecto la ineficacia de las cláusulas recíprocamente condicionadas. A este respecto debe tenerse en cuenta que la redacción actual del artículo 140, que sanciona el carácter irrevocable de las cláusulas correspectivas una vez fallecido uno de los cónyuges con

ciertas excepciones, lo hace siguiendo una redacción en ciertos aspectos ininteligible. En virtud de lo anterior se propone una nueva redacción del precepto en el que: por una parte, se sancione el carácter irrevocable de las cláusulas correspectivas cuando hubiera fallecido uno de los cónyuges o devenido incapaz para testar; y por otra, se admita en tales casos con carácter excepcional la revocación de las cláusulas correspectivas por el cónyuge sobreviviente si la persona en cuyo favor se otorgó la cláusula correspectiva hubiese sido declarado incapaz de suceder al otro cónyuge, estuviera incursa en causa de incapacidad para sucederle o hubiese premuerto.

c. *Forma y notificación de la revocación unilateral.* Tal y como dispone la Ley de Derecho civil de Galicia la revocación unilateral del testamento mancomunado deberá hacerse en testamento abierto notarial. Teniendo presente lo anterior, se propone clarificar el régimen de la notificación de la revocación llevada a cabo por uno solo de los otorgantes distinguiendo según afecte o no a cláusulas correspectivas.

Para los casos en que la revocación no afectase a cláusulas correspectivas, se hará saber al notario la existencia del testamento mancomunado que se revoca y el domicilio del otro otorgante al fin de que la revocación pueda ser notificada. Mas en todo caso la sección entiende que tratándose de revocación unilateral que no afecta a cláusulas correspectivas la falta de notificación no deberá incidir en la validez de la revocación.

Para los supuestos en que afectara a disposiciones correspectivas, para que surta efectos la revocación deberá ser notificada al otro cónyuge. A estos efectos la notificación habrá de realizarse en los treinta días hábiles siguientes por el notario que la hubiera autorizado, en el domicilio determinado en el propio testamento así como en el indicado por el revocante. En todo caso, una vez realizada, la notificación deberá producir efectos revocatorios aunque no se hallare el cónyuge en ninguno de los domicilios señalados.

4.3. Sección 3.ª: El testamento por comisario:

La Ley de Derecho civil de Galicia destina los artículos 141 a 143 a regular una figura a la que denomina "testamento por comisario". Pero lo cierto es que la delegación que los artículos 141 a 143 contemplan: ni habilita al comisario para otorgar testamento por su cónyuge, ni trae causa necesaria de un testamento –puede otorgarse en capitulaciones matrimoniales–, ni la función del cónyuge comisario se lleva a cabo de modo inexcusable por los cauces testamentarios –nada impide que la delegación pueda ser ejercitada en acto *mortis causa* o *inter vivos*–. Y es que en realidad los artículos 141 a 143 de la Ley de Derecho civil de Galicia son mero trasunto del artículo 831 del Código civil que constituye su antecedente y cuyo contenido es –a salvo ciertos matices– reproducido en aquellos preceptos.

Terminología al margen, se considera conveniente ahondar en el régimen de la figura recogida en los artículos 141 a 143 de la Ley de Derecho civil de Galicia

supliendo sus carencias, corrigiendo algunos defectos de redacción y aproximándola más a un propio testamento por comisario. Partiendo del presupuesto anterior, se propone: clarificar las fuentes de la facultad testatoria y los posibles beneficiados por la misma; determinar de modo conciso los límites del ejercicio de la facultad testatoria; revisar el plazo para que el cónyuge lleve a cabo sus funciones, determinando el régimen a seguir durante la situación de interinidad; concretar el modo en que el comisario podrá llevar a cabo la adjudicación de los bienes del difunto; y, en fin, explicitar las causas por las que la facultad testatoria debe quedar sin efecto.

A) **Las fuentes de la facultad testatoria y los eventuales beneficiados por su ejercicio.** Con el fin de clarificar la confusa redacción del artículo 141 y salvar la contradicción existente entre los artículos 141 –"hijos comunes"– y 159.2 –"hijos o descendientes comunes"– se propone que se determine expresamente que "podrá pactarse válidamente en capitulaciones matrimoniales o atribuirse en testamento por un cónyuge a otro la facultad de designar heredero o legatario entre los hijos o descendientes comunes, así como la de asignar bienes concretos y determinar el título por el que se recibirán". También parece oportuno establecer que en el caso de que hubiera descendientes particulares del causante, el viudo sólo podrá ejercitar la facultad testatoria si el propio causante hubiera dejado ordenada la sucesión en lo referente a sus descendientes particulares.

B) **Los límites del ejercicio de la facultad testatoria.** Sobre esta cuestión habrá de explicitarse que en el ejercicio de la facultad testatoria el comisario habrá de respetar las legítimas así como las disposiciones del cónyuge atribuyente.

C) **El plazo y la situación de interinidad.** Se considera que, salvo que el atribuyente hubiera señalado otro plazo, el viudo dispondrá de cinco años para ejercitar la facultad testatoria. Habiendo hijos menores, el plazo podrá ampliarse hasta tres años después de la emancipación del último de los hijos. En todo caso se entenderá que la herencia del fallecido está bajo la administración del viudo hasta que éste ejercite las facultades que le fueron atribuidas.

D) **Adjudicación de los bienes.** Se entiende conveniente determinar que el comisario podrá adjudicar los bienes del difunto bien por actos *inter vivos* o por actos *mortis causa* –ya en testamento otorgado por el cónyuge en condición de comisario del causante, ya en testamento por el que el comisario dispone además de sus propios bienes–.

E) **Ineficacia de la facultad testatoria.** A este respecto habría de establecerse que la facultad testatoria quedará sin efecto por las causas siguientes: presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio; separación de hecho de los cónyuges debidamente acreditada; salvo dispensa del atribuyente, por el nuevo matrimonio del viudo –celebrado antes de que hubiera ejercitado la facultad que se le atribuyó– o situación de hecho asimilable. Asimismo, la facultad testatoria debe quedar revocada por la disposición sucesoria otorgada con posterioridad por el cónyuge atribuyente.

4.4. Propuesta de una nueva sección: «Sección 4.ª: "De las disposiciones

testamentarias especiales"»:

Se considera conveniente la introducción de una nueva sección en el ámbito del Derecho sucesorio en la que se tome en consideración el contenido y trascendencia de algunas disposiciones testamentarias habituales en la práctica. En concreto: las disposiciones en favor de quien cuide al testador y la disposición testamentaria de un bien ganancial. Junto con lo anterior parece inexcusable suplir la laguna existente en la Ley de Derecho civil de Galicia regulando con alcance general la repercusión de las situaciones de crisis matrimonial en las disposiciones realizadas por uno de los cónyuges en favor del otro.

A) **Disposición a favor de quien cuide al testador.** Se considera que debe explicitarse la validez de la disposición "a favor de quien cuide al testador" y de la disposición hecha bajo la condición de "cuidar y asistir al testador, a sus ascendientes, descendientes o a su cónyuge". En tales supuestos y salvo que se hubiera dispuesto otra cosa, será el albacea a quien en su caso corresponda determinar la persona que hubiera cuidado al testador o si se ha cumplido la condición bajo la que se hizo la disposición.

B) **Disposición testamentaria de un bien ganancial.** Sobre este particular habrá de especificarse de entrada que la disposición testamentaria de un bien ganancial puede realizarse: como disposición de "cosa ganancial" o como disposición del "derecho" que al testador corresponda en el citado bien. Para los casos de duda deberá establecerse que la disposición del bien ganancial ha sido realizada como disposición del derecho que al testador corresponda en el mismo. Con el citado presupuesto, el régimen a seguir será el siguiente:

a. *Disposición como cosa ganancial.* Cuando se disponga de un bien por entero como cosa ganancial habrá de hacerse constar de modo expreso el carácter del bien, produciendo la disposición todos sus efectos si, en la liquidación de gananciales, el bien fuese adjudicado a la herencia del testador. En otro caso se entenderá legado el valor que tuviera el bien al tiempo del fallecimiento del testador.

b. *Disposición del derecho que corresponde al testador en un bien ganancial.* Cuando se adjudica o lega el derecho que corresponde al testador en un bien ganancial la disposición habrá de entenderse referida a la mitad de su valor. Sin embargo, la disposición se entenderá referida a la mitad indivisa del bien si el cónyuge sobreviviente o sus herederos los aceptasen y también cuando los cónyuges hubiesen realizado la disposición de forma coincidente y las herencias de ambos estuvieran deferidas.

C) **Ineficacia de las disposiciones en favor del cónyuge.** La inexistencia de una regulación al respecto ha suscitado no pocas dudas en orden a la incidencia que habrán de tener los supuestos de crisis matrimonial en las disposiciones que un cónyuge hubiera hecho en favor del otro. Por ello se estima pertinente introducir un precepto que con alcance general disponga lo siguiente: "Salvo que del testamento resulte otra cosa, las disposiciones en favor del cónyuge no surtirán efecto si al fallecer el testador estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación, o se encontraran en trámite los procedimientos

dirigidos a ese fin. Tampoco surtirán efecto en los casos de separación de hecho entre los cónyuges debidamente acreditada".

QUINTA.– Sobre las legítimas:

5.1. Preliminar:

La sección entiende que el capítulo IV de la Ley de Derecho civil de Galicia está necesitado de una profunda revisión que contemple las legítimas en su conjunto. Y es que el legislador gallego de 1995 tuvo el acierto de regular algunos aspectos de la materia de legítimas. Mas, al hacerlo de modo parcial, se suscitan dudas cuando se trata de incardinar los preceptos de la Ley de Derecho civil de Galicia en el régimen de las legítimas del Código civil. Junto con lo anterior, existen contradicciones entre algunos de los preceptos del capítulo IV de la Ley de Derecho civil de Galicia. Así, el artículo 146.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia –y otros que lo secundan– contempla la legítima como *"cuota de activo líquido"*, mientras que conforme al artículo 149.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia la legítima *"habrá de ser satisfecha necesariamente con bienes de la herencia"*. Por ello nada tiene de particular que existan opiniones encontradas incluso en relación con la naturaleza de la legítima a que responde la Ley de Derecho civil de Galicia.

Siendo así las cosas, la sección entiende que en materia de legítimas se debe ir más allá de la propuesta de meras correcciones del texto vigente. Entre otras cosas, porque la especial sensibilidad del Derecho sucesorio, y en particular de la materia de legítimas, impide que se pueda incidir en algunos aspectos de las mismas sin que resulte resentido todo el sistema. No obstante lo anterior, en materia de legítimas la sección renuncia a plantear al Pleno una propuesta de revisión pormenorizada del capítulo IV, optando por presentar una cuestión previa que condicionaría cualquier revisión ulterior del contenido del citado capítulo. En particular esta sección propone ahondar en el principio de libertad de testar al que responde el Derecho gallego. A título de ejemplo de tal principio, basta citar el derecho de labrar y poseer, el apartamiento o el usufructo universal del cónyuge viudo. El desarrollo del principio de libertad de testar y las exigencias de la realidad social actual es lo que motiva que la sección sexta proponga al Pleno una revisión, tanto de los sujetos a los que corresponde la condición de legitimarios, como del quantum de la legítima correspondiente.

5.2. Los legitimarios y el quantum de la legítima:

En orden a los sujetos que deben tener la condición de legitimarios y la cuantía correspondiente de la legítima la sección propone lo siguiente:

A) **Quiénes son legitimarios**. Se propone que el precepto correspondiente considere como legitimarios a los hijos y descendientes de hijos premuertos justamente desheredados o indignos, así como al cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho cuando la separación estuviera debidamente acreditada.

B) **Cuantía**. Si se tratara de descendientes se propone que la legítima debe estar constituida por un tercio del haber hereditario líquido. Tratándose del cónyuge viudo, si concurriera con descendientes del causante le correspondería en concepto

de legítima el usufructo vitalicio del tercio del haber hereditario. De no concurrir con descendientes del causante, el cónyuge viudo tendría derecho al usufructo vitalicio de la mitad del caudal.

SEXTA.– Sobre la sucesión intestada:

Bajo el epígrafe *"De la sucesión intestada"*, el capítulo V de la Ley de Derecho civil de Galicia está integrado por dos secciones. La primera sección, bajo el encabezamiento *"Disposiciones generales"*, comprende un único artículo –el 152–. La segunda sección, bajo el rótulo *"De la sucesión de la Comunidad Autónoma de Galicia"*, está conformada por dos artículos –153 y 154–. Se asume el contenido básico de los citados artículos a los que no se presenta propuesta al respecto.

SÉPTIMA.– Sobre las partijas:

7.1. Preliminar:

Al igual que ocurre con la materia de legítimas, se entiende que el contenido del capítulo VI de la Ley de Derecho civil de Galicia está necesitado de una auténtica revisión que solvente sus errores, integre el régimen jurídico de las figuras que en el citado capítulo se contemplan y ordene sistemáticamente los distintos tipos de partición. A este respecto se propone la división interior del capítulo referente a las partijas en cuatro secciones: una primera comprensiva de las disposiciones generales de la partición; la segunda regularía la partición por el testador; la tercera, la partición por el contador–partidor; y una cuarta sección ordenaría la partición por los herederos.

7.2. De las disposiciones generales:

En este ámbito habrían de enumerarse los modos de realizar la partición y el criterio a seguir en los casos de concurrencia de menores o incapacitados. Por lo que respecta a la primera cuestión y en consonancia con el contenido del capítulo, la partición puede realizarse: 1.º Por el propio testador, en testamento o en otro documento, anterior o posterior a aquél. 2.º Por el contador–partidor, en cualquiera de los casos admitidos por la ley. 3.º Por los herederos, bien por sí o por otro. 4.º Por resolución judicial.

Y por lo que respecta a la segunda cuestión, para los casos de concurrencia a la sucesión de menores o incapacitados legalmente representados la sección entiende que también en sede de disposiciones generales deberá establecerse la innecesariedad de la intervención y aprobación judicial a los efectos de aceptar o partir la herencia correspondiente.

Junto con lo expuesto, se entiende que, en cuanto afecta a toda partición, el vigente artículo 170 –*"el cesionario de un coheredero se subroga en lugar de éste en la partija de la herencia"*– debería traerse al ámbito de las disposiciones generales.

7.3. De la partición por el testador:

Partiendo de lo dispuesto en los artículos 157 y 158 de la Ley de Derecho civil de Galicia y con el fin de ordenar y clarificar su contenido, se propone que,

como punto de partida de la regulación ulterior y atendiendo a lo establecido por el artículo 157.1, se faculte con carácter general al testador para hacer la partición de la herencia o realizar adjudicaciones de bienes y derechos determinados, sin perjuicio de las legítimas. Con el precedente anterior, en sede de partición por el testador habrían de regularse las siguientes cuestiones: los problemas que puede plantear la partición hecha en documento no testamentario; la eficacia de las disposiciones particulares sobre la partición; el régimen de la partición conjunta; y la rescindibilidad de la partición.

A) **Sobre la partición en documento no testamentario.** Aclarando lo dispuesto en los artículos 157.3 y 158.1 habrá de establecerse que la partición hecha por el testador en documento no testamentario deberá ajustarse a las disposiciones del testamento. Sin embargo, deberá sancionarse la validez de la partición aunque el valor de lo adjudicado a cualquiera de los partícipes en la comunidad hereditaria no se corresponda con la cuota atribuida en el testamento.

B) **Sobre las disposiciones particulares referentes a la partición de la herencia.** Con el fin de solventar cualquier duda al respecto, se propone establecer que podrán ordenarse en testamento disposiciones particulares sobre la partición de la herencia que habrán de ser observadas cuando ésta se lleve a cabo.

C) **Sobre la partición conjunta.** Se entiende que debería completarse la acertada regulación de la partija conjunta integrando su régimen jurídico con el fin de cubrir las lagunas existentes al respecto. En este sentido se contemplarían las siguientes cuestiones: el objeto de la partija conjunta; su eficacia y revocación; la incidencia de la partija conjunta en la facultad de disposición; y las relaciones entre la partija conjunta y las legítimas.

a. *Objeto.* Partiendo del contenido del artículo 157.2, habrá de establecerse que los cónyuges, aunque testen por separado, podrán hacer una partija conjunta y unitaria de sus bienes privativos y de los comunes, si los hubiere, con independencia del origen de los adjudicados a cada heredero.

b. *Eficacia y revocación.* En torno a los problemas que pudiera suscitar la eficacia parece oportuno precisar que la partija conjunta será eficaz al fallecimiento de ambos cónyuges. Por lo que atañe a la revocación habría de establecerse que en vida de ambos cónyuges la partija podrá ser revocada por cualquiera de ellos y, notificada al otro cónyuge, producirá la ineficacia total de la partija. Asimismo, fallecido uno de los cónyuges la partija podrá quedar sin efecto por la revocación del sobreviviente.

c. *La partija conjunta y la facultad de disposición.* Resulta conveniente subrayar en sede legal que, fallecido uno de los cónyuges, el sobreviviente podrá disponer de sus bienes privativos, siendo necesario el concurso de los herederos y del cónyuge sobreviviente cuando se trata de disposición de los bienes comunes y de los del premuerto incluidos en la partija conjunta. En todo caso, la partija podrá ser declarada ineficaz cuando la composición patrimonial base de la misma se hubiera alterado de forma sustancial por enajenaciones voluntarias o forzosas.

d. La partija conjunta y las legítimas. A este respecto, se propone mantener el contenido del vigente artículo 158.2 en cuya virtud en la partición conjunta la legítima podrá ser satisfecha con bienes de uno solo de los causantes.

D) **Sobre la rescindibilidad de la partición.** Sobre este particular, se propone contemplar la rescindibilidad de la partición por lesión en más de un cuarto si hubiera fijación expresa de cuotas en el testamento.

7.4. De la partición por el contador–partidor:

Si bien regulada la partición por contador–partidor en sección independiente, se propone asumir el contenido de los artículos 157 a 163 de la Ley de Derecho civil de Galicia referentes a la citada figura. Junto con lo expuesto la sección propone clarificar el contenido del artículo 159.2 y 3 y concretar las facultades del contador–partidor.

A) **Sobre el artículo 159.2 y 3.** Estos preceptos tienen una redacción confusa en la que además se reitera la regulación de la delegación de la facultad de mejorar que ya se contempla en los artículos 141 y ss. de la Ley de Derecho civil de Galicia. Por ello se propone una redacción diferente para los citados preceptos sin referencia específica a la delegación de la facultad de mejorar. En particular, la redacción que se propone para el artículo 159.2 y 3 es la siguiente: "El testador podrá nombrar contador–partidor al cónyuge sobreviviente al que sólo hubiese asignado el usufructo universal. Salvo dispensa del testador, el cargo de contador–partidor únicamente podrá ser ejercitado mientras el sobreviviente permanezca viudo y dentro del plazo fijado por el causante. Si no lo fijase, el plazo para el ejercicio del cargo será el de un año".

B) **Sobre las facultades del contador–partidor.** A este respecto se propone explicitar los siguientes extremos: 1.º El contador–partidor podrá realizar el inventario por sí solo, aun cuando existan personas sujetas a patria potestad, tutela o curatela. 2.º El contador–partidor habrá de hacer la partición total de la herencia. 3.º Además de las facultades propias del cargo y de las encomendadas por el causante, el contador–partidor podrá, una vez formalizado el inventario, entregar los legados –art. 163–. 4.º El contador–partidor podrá liquidar la sociedad conyugal con el cónyuge sobreviviente o sus herederos. Con todo, para los casos de que el contador–partidor lo fuese de ambos cónyuges y realizase la partición conjunta podrá prescindirse de la liquidación de la sociedad conyugal salvo que fuera precisa para cumplir las disposiciones testamentarias de cualquiera de los cónyuges.

7.5. De la partición por los herederos:

En orden a la partición por unanimidad de los herederos, se propone incluir un artículo introductorio con el siguiente contenido: "Cuando el testador no hubiese hecho la partición, los partícipes mayores de edad, emancipados o legalmente representados, podrán partir la herencia del modo que tengan por conveniente. Además podrán encomendar a un tercero la práctica de la partición para que la realice con carácter vinculante para todos ellos".

En relación con la partición por la mayoría, la regulación vigente plantea no pocos problemas prácticos que dificultan su operatividad. Con el fin de sortear los citados problemas, se propone instaurar un sistema notarial análogo al del contador–partidor dativo que habrá de tener la condición de abogado ejerciente en el distrito notarial en el que la partición se tramite. Con este planteamiento como punto de partida habrán de regularse las cuestiones siguientes: incoación de la partición; el acto de designación del contador–partidor; y la formalización de la partición así como su notificación.

Por lo que respecta a la primera cuestión, la partición por mayoría podrá ser incoada por cualquiera de los interesados y habrá de ser notificada a los restantes que tuvieran domicilio conocido.

Por lo que respecta a la segunda cuestión, al acto de designación del contador–partidor habrán de concurrir los partícipes que representen una cuota de más de la mitad del haber partible y sean dos al menos, llevándose a cabo la designación por acuerdo de todos los concurrentes y, en su defecto, mediante sorteo entre los propuestos –uno por cada interesado–. Quedará sobreseído el expediente si antes de la designación del contador–partidor se hubiere promovido juicio divisorio o admitido a trámite la solicitud de nombramiento de contador–partidor dativo según el artículo 1.057 del Código civil.

Por lo que respecta a la tercera cuestión, la partición se formalizará mediante escritura pública de protocolización del cuaderno particional otorgada por el contador–partidor designado. El notario notificará la formalización de la partición a los interesados.

SECCIÓN SÉPTIMA

«ANTONIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ»

TEMAS LIBRES Y COMUNICACIONES VARIAS

SUMARIO:

I.– COMUNICACIONES:

- "Algunas características de la medición familiar en Galicia", por Dña. ROSANA CORRAL GARCÍA.
- "El Derecho foral gallego en el siglo XXI", por D. ROBERTO FRANCISCO GARCÍA MONDELO.
- "Veinte años de autonomía en Galicia", por D. JAIME RODRÍGUEZ–ARANA MUÑOZ.
- "Guía para procesos electorales. Criterios desde el punto de vista de la legalidad vigente, a tener en cuenta para las elecciones a representantes de los trabajadores en la empresa", por D. GONZALO IGLESIAS RIAL.
- "Análisis sobre medidas legislativas para incentivar la construcción de buques", por D. GONZALO VELASCO PAZOS.
- "Propuesta de reforma del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones", comunicación del ILUSTRE COLEGIO PROVINCIAL DE ABOGADOS DE A CORUÑA.

II.– ACTAS DE LAS SESIONES Y CONCLUSIONES:

I

COMUNICACIONES

ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DE LA MEDICIÓN FAMILIAR EN GALICIA

Rosana Corral García
Doctora Europea en Derecho. Universidad de A Coruña

SUMARIO: 1. Antecedentes en la actividad mediadora.– 2. Sujetos que intervienen en la mediación: a) La familia; b) El mediador.– 3. Objeto sobre el que versa la mediación.– 4. El desarrollo de la actividad mediadora.– 5. Consideraciones finales.

La Ley 4/2001, de 31 de mayo –*DOG* de 18 de junio–, regula la mediación familiar en Galicia. Su objetivo es el de dar solución a los conflictos familiares que puedan surgir a partir de una situación de crisis matrimonial o de pareja. Se trata de una novedosa regulación para este objetivo. Su principal característica con respecto a otras soluciones anteriormente previstas por los ordenamientos jurídicos es la de tratar de no judicializar la resolución de ciertos aspectos que necesariamente habrán de afectar a las parejas, sean o no matrimoniales, en los momentos de crisis. Veamos, pues, cuáles son sus principales características:

1. Antecedentes en la actividad mediadora:

El recurso a la mediación familiar como alternativa al procedimiento contencioso, surge en el seno del Derecho de familia anglosajona, estableciéndose primero en Estados Unidos, después en Canadá y a continuación en Inglaterra[1] –Family Law Act de 1996–. A partir de ese momento, y tras dar el salto a Europa, su expansión, aunque aún no consolidada, ha ido avanzando en los demás Estados

[1] Cfr. BERNAL SAMPER, T., *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Madrid, 1998, p. 61.

europeos[2].

En efecto, resulta de especial importancia la Recomendación núm. 1 R(98)1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa dirigida a los Estados miembros. En ella se señalan como principales beneficios de esta institución: mejorar la comunicación entre los miembros de la familia, reducir los conflictos entre las partes en desacuerdo, dar lugar a convenios amistosos, asegurar el mantenimiento de las relaciones personales entre padres e hijos, reducir los costes sociales y económicos de la separación y el divorcio para las propias partes y para los Estados, y reducir la duración temporal de otro modo necesaria para solucionar el conflicto.

Precisamente de esta recomendación deriva la Ley gallega de mediación familiar. Se trata de una iniciativa que trata de cubrir el vacío hasta ahora existente en este ámbito en Galicia y aún podríamos decir que se trata de un terreno inexplorado en el resto de España. De hecho, la mediación en España en el ámbito de la familia no aparece hasta la década de los noventa, y para eso impulsada desde el sector privado y esencialmente a partir de la psicología y no del derecho. Así, las primeras experiencias en este sentido nacen en el seno de un despacho jurídico–psicológico actuando con parejas que acuden a un abogado para iniciar su separación y aunando a la labor de éste la intervención de un psicólogo. Sin embargo, la actividad mediadora con intervención y apoyo público en España surge en Madrid, a través de un "Programa de Mediación para la Separación y el Divorcio", aprobado por el Ministerio de Asuntos Sociales en 1990[3].

Así las cosas, la legislación gallega sobre este particular, a pesar de que aún resulta incompleta a falta del reglamento que la desarrolle, supone una decidida actuación, pionera en este ámbito, con vocación de convertirse en una regulación capaz de solucionar en lo posible las situaciones familiares tan habitualmente necesitadas de ayuda.

2. Sujetos que intervienen en la mediación:

a) La familia:

La Ley de mediación de Galicia, a pesar de su genérico título, restringe el concepto de familia al que le es aplicable esta Ley al ámbito de la pareja. Es decir, toda aquella problemática que pudiese surgir entre, a modo de ejemplo, los abuelos y sus nietos con respecto a un posible régimen de comunicación y visitas entre ellos, o entre los hermanos que no lleguen a acuerdo sobre el reparto de la herencia, no puede ser solventada a medio de lo dispuesto en esta Ley. Sin embargo, los supuestos en los que esta Ley resulta aplicable no son sólo aquellos en los que existe una relación matrimonial, sino todos aquellos derivados de las relaciones personales o paterno–materno–filiales. En otras palabras, tanto los cónyuges como aquellas personas que convivan en una relación estable de pareja pueden solicitar que se les apliquen las normas de esta Ley. En cuanto a la orientación sexual de la pareja, nada se dice sobre

[2] En Francia se regula mediante Decreto núm. 652/1996, de 22 de julio. Vid. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., "La mediación familiar: panacea cuestionable", en *Revista de Derecho de Familia*, 2000. Pág. 34.

[3] Cfr. BERNAL SAMPER, T., *La mediación...*, *op. cit.*, pp. 65–66.

ello. En consecuencia, debemos entender que si existe la exigida *unión estable de pareja*, la orientación sexual de dicha pareja no tiene trascendencia a los efectos de solicitar los beneficios previstos en esta Ley; puede tratarse indistintamente de una pareja heterosexual u homosexual.

Puesto que un matrimonio no plantea dudas sobre su existencia o no, por tratarse de un acto necesariamente inscribible en el Registro Civil; las dificultades vendrán en comprobar cuándo existe una *unión estable de pareja*. Nada dice la Ley sobre este particular, ni siquiera se refiere a los Registros municipales de uniones de hecho que ya funcionan en varios municipios gallegos. Por este motivo, será necesario esperar a la publicación del reglamento que complete esta normativa para que se determine con exactitud a partir de qué momento podemos entender que nos encontramos ante una unión *estable*.

En definitiva, el acceso a la mediación familiar según lo previsto por esta Ley tiene un ámbito restringido a las situaciones matrimoniales o que supongan una análoga relación de afectividad. Es decir, se circunscribe a la existencia de una pareja estable, matrimonial o no, con indiferencia de su orientación sexual. En efecto, esa será siempre la principal necesidad surgida en el seno de la familia, solventar las crisis de pareja, pero reducir o simplificar el concepto de familia al de pareja supone impedir el acceso a esta institución a otros miembros de la familia necesitados de ayuda y protección. La explicación de la identificación familia–pareja en el ámbito de las crisis y problemas familiares encuentra su fundamentación, creemos, en que se ha pensado en una alternativa a los procedimientos de separación y divorcio, cuyos costes económicos y sociales alcanzan no sólo a las partes, sino también al Estado. Es creciente el número de Juzgados de Familia necesarios para atender a las necesidades de este específico colectivo, y no hay lugar a dudas de que los temas estrella de los mismos no son otros que la separación y el divorcio.

b) El mediador:

A falta de un reglamento en el que se especifique qué profesionales pueden actuar como mediadores familiares, y ante la inexistencia de un Registro de los mismos previsto por la ley, las únicas indicaciones sobre la capacitación exigible para desempeñar esta labor las determina la Ley de mediación gallega al referirse a que, en todo caso, serán expertos en actuaciones psico–socio–familiares. De este modo, puede deducirse que tanto psicólogos especializados en los temas familiares, como también los abogados, e incluso los licenciados en derecho tendrán acceso a ejercitar esta labor si así lo determina el reglamento que desarrolle la Ley de mediación familiar[4].

Sí existe un mayor detalle en la regulación de los principios que han de regir su actuación. Como objetivo supremo que debe presidir la actuación del mediador se encuentra sin lugar a dudas el respeto a los intereses y el bienestar de los hijos. Sin

[4] En el Proyecto de Ley catalana de Mediación Familiar se prevé que ésta pueda llevarse a cabo por licenciados o diplomados en derecho, psicología, trabajo social, educación social o en aquellos otros estudios universitarios que se determinen reglamentariamente. Vid. GUILARTE GUTIÉRREZ, V., "La mediación familiar...", *op. cit.*, p. 39.

embargo, de cara al mediador se le imponen los principios de antiformalismo, flexibilidad, inmediatez, confidencialidad y secreto. Así mismo, también el mediador está obligado a actuar conforme a los principios de imparcialidad y neutralidad, respetando siempre los puntos de vista de las partes y preservando la igualdad de éstas en la negociación. En definitiva, el mediador no suplanta ni la figura del juez –quien necesariamente decide–, ni la del abogado –quien, en principio, actúa a instancia de una de las partes–, sino que *se limita a proporcionar a las partes información sobre posibles soluciones al conflicto planteado, debiendo resolver ellas mismas por la vía del consenso*[5].

3. Objeto sobre el que versa la mediación:

La Ley de mediación familiar ha previsto que la intervención de los mediadores familiares pueda abarcar tanto la totalidad de las relaciones personales y paterno–materno–filiales, como circunscribirse a una mediación parcial, limitándose en cuanto a las relaciones personales a las cuestiones económico–patrimoniales, y en cuanto a las paterno–materno–filiales, a los aspectos del ejercicio de la potestad, de la custodia o del régimen de visita de los hijos (Art. 6.º).

En este sentido vemos que las cuestiones a solventar pueden superar el ámbito de lo estrictamente patrimonial para detenerse también en asuntos de índole más personal como pueden serlo las relaciones paterno–filiales despojadas de todo carácter económico.

Todo ello nos recuerda, dada su evidente similitud, a las cuestiones que deben abordarse en la tramitación de un proceso matrimonial de nulidad, separación o divorcio[6].

Las cuestiones a resolver son las mismas, por lo que ambas normativas coinciden en el objeto de su regulación, pero ofreciendo a los interesados distintas posibilidades para su resolución. En consecuencia, cabe entrar a considerar si esta duplicidad normativa representa una excesiva regulación para una misma finalidad o si, por el contrario, ofrece dos alternativas capaces de incidir en supuestos diversos.

En el primer caso, la resolución judicial de las cuestiones relativas a las relaciones patrimoniales y personales de los cónyuges que se separan, divorcian o solicitan la nulidad de su matrimonio, tiene a su vez dos posibilidades: a) Que efectivamente sea el órgano judicial competente el que deba instituir la regulación de los aspectos que incidan en la vida familiar en el futuro, al dictarse la resolución principal sobre el vínculo conyugal; b) Que sean los propios cónyuges de mutuo acuerdo los que resuelvan dichas cuestiones sin necesidad de que la intervención

---

[5] Vid. LLOPIS GINER, J. M. y otros, *Curso básico de Derecho de Familia*, Valencia, 2000, p. 61. Es uno de los pocos manuales de Derecho de familia que incluyen un epígrafe específico sobre la mediación familiar.

[6] La Ley gallega de mediación familiar se refiere no sólo a la separación o al divorcio, sino que también hace expresa referencia a la nulidad matrimonial. La Recomendación del Consejo de Europa, sin embargo, y probablemente partiendo del Derecho anglosajón, sólo se refiere a la separación y al divorcio. Vid. LLOPIS GINER, J. M. y otros, *Curso básico de Derecho de Familia*, *op. cit.*, p. 62.

judicial vaya más allá de la simple aprobación de las disposiciones acordadas por los cónyuges –art. 90 Cc–. En este segundo supuesto, el juez debe aprobar los acuerdos de los cónyuges salvo que sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Los aspectos que en cualquier caso habrán de estar previstos son los siguientes: la determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos, la atribución del uso de la vivienda familiar, la contribución a las cargas del matrimonio, la liquidación, si procede, del régimen económico matrimonial, y la pensión, también si procede, que correspondiese a uno de los cónyuges.

En el caso de la mediación familiar existiendo matrimonio –art. 4,1 de la Ley 4/2001–, ésta está vinculada a la existencia de un proceso judicial de nulidad, separación o divorcio. Aunque la propia Ley de mediación permite que ésta pueda promoverse tanto con anterioridad a la incoación de dicho proceso judicial como durante el desarrollo del mismo.

Sólo en el caso de que no exista matrimonio, sino unión estable de pareja, la resolución a la que pueda llegarse tras la intervención de los servicios de mediación familiar, constituirá una solución autónoma para los convivientes, especialmente en lo que respecta a sus relaciones paterno–filiales –art. 4,2 de Ley 4/2001–, puesto que en estos casos, al no existir matrimonio, no les afectan las disposiciones relativas al régimen económico–patrimonial, que en Galicia, siguiendo las disposiciones del Código civil español, es subsidiariamente el de la sociedad de gananciales.

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, es posible que en la mediación familiar se disponga sobre los siguientes aspectos de la relación familiar: la patria potestad, la guardia y custodia, y el régimen de visitas –todo ello referido a los hijos–, el uso de la vivienda y el ajuar familiar, la pensión de alimentos a los hijos, y la pensión por desequilibrio económico al cónyuge.

En cuanto a la interacción de la actividad mediadora con la actividad judicial, la propia resolución del Consejo de Europa prevé lo siguiente en el principio número cinco de este documento:

> *V. Relaciones entre mediación y procedimientos ante la autoridad judicial u otra competente.*
>
> *a.– Los Estados deberían reconocer la autonomía de la mediación y la posibilidad de que la mediación pueda tener lugar antes, durante o después de los procedimientos legales.*
>
> *b.– Los Estados deberían establecer mecanismos que:*
>
> *i.– hiciesen posible que los procedimientos legales sean interrumpidos por tener lugar la mediación;*
>
> *ii.– asegurasen que en ese caso la autoridad judicial u otra competente mantiene el poder para tomar decisiones urgentes para proteger a las partes o a sus hijos, o su propiedad;*
>
> *iii.– informasen a la autoridad judicial u otra competente si las partes continúan o no con la mediación y si las partes han alcanzado un acuerdo.*

Es decir, se trata de delimitar cuál debe ser el límite en que la actividad mediadora despliegue sus efectos sin inmiscuirse en los aspectos reservados a la

actuación judicial y viceversa. Mientras que la actividad mediadora puede llegar a interrumpir el normal desarrollo de un proceso judicial, sin embargo, no puede despojar absolutamente de sus competencias a los jueces de forma que se vean impedidos para tomar aquellas medidas necesarias y urgentes ya sean de carácter personal o patrimonial. En la Ley gallega, las previsiones sobre este particular se limitan a señalar que la iniciación de la mediación familiar puede ser con anterioridad a la incoación de un proceso judicial, o una vez que se está tramitando el mismo. En tal caso de que ya esté efectivamente tramitándose, el objeto de la mediación familiar puede ser tanto el logro de un convenio regulador de común acuerdo, como la instrumentación de los medios que posibiliten un mejor cumplimiento de dicho convenio una vez dictada sentencia. No se ha previsto que la mediación pueda interrumpir un proceso judicial en marcha. Es lógico este silencio teniendo en cuenta que la Constitución española deja exclusivamente en poder del Estado la regulación de la Administración de Justicia, así como la legislación procesal –art. 149,1,5 y 6 CE–. Por lo tanto, la actividad mediadora en Galicia, en cuanto que sin posibilidades de paralizar el desarrollo del proceso judicial destinado a solventar la crisis matrimonial, debe interactuar en estrecha colaboración con los mecanismos jurídicos de aplicación a las parejas implicadas, constituyéndose en una vía secundaria –alternativa– de solución de los problemas que se ventilan en sede judicial.

En definitiva, con la puesta en marcha de esta Ley lo que se pretende no es evitar el proceso en vía jurisdiccional, al que normalmente habrán de acudir los matrimonios para dotar de realidad jurídica a su situación fáctica de problemática familiar, sino únicamente facilitar que el mismo se desarrolle o se anticipe a través de unos cauces de actuación capaces de mantener en lo posible la estabilidad y la armonía familiar, evitándose así que se alteren las pautas de convivencia y civismo consecuentes de una sociedad avanzada.

4. El desarrollo de la actividad mediadora:

Está regida por los principios de voluntariedad y rogación. Esto quiere decir que en ningún caso es posible compeler a las partes a que participen en un proceso de mediación, puesto que éste sólo puede tener lugar cuando lo haya solicitado de común acuerdo la pareja, o al menos lo haya hecho uno de los miembros con el consentimiento del otro. Las previsiones, pues, son las mismas que las referidas a la presentación de una solicitud de separación o divorcio por mutuo acuerdo: o lo hacen conjuntamente ambos miembros del matrimonio o lo hace sólo uno pero con el consentimiento del otro. A diferencia de los procesos judiciales de separación, divorcio o nulidad matrimonial, recordemos que en el caso de la mediación el ámbito de actuación es más amplio al estar previsto que también pueda desarrollarse este procedimiento en el caso de uniones estables de pareja.

Pues bien, una vez constatada la voluntad de las partes de someterse a un proceso de mediación, debe procederse a la designación de un mediador. Tienen prioridad para ello los miembros de la pareja, quienes, evidentemente, habrán de actuar de común acuerdo. En el caso de que no se consiga un acuerdo sobre este particular, será la propia *Consellería* competente la que designe a uno de los mediadores que figuren inscritos en el Registro cuya creación ha previsto la Ley de

mediación. Incluso en el caso de que sea la propia pareja la que elija al mediador, éste debe ser uno de los figuren inscritos en dicho Registro. Puesto que aún no se ha creado ese Registro a pesar de haber entrado en vigor la Ley de mediación en el mes de marzo de 2002, y puesto que obligatoriamente debe acudirse al mismo para la designación de mediador, la mediación en Galicia resulta por el momento una declaración de intenciones incapaz de materializarse. En cualquier caso, y obviando la inexistencia del Registro, nos parece que la genérica exigencia de inscripción en el mismo podría ser matizada. En efecto, la función del Registro consiste en ofrecer garantías de la profesionalidad y buen hacer del hipotético mediador. Sin embargo, nada se prejuzga, ni se podría prejuzgar de la capacidad que tenga un profesional no registrado para realizar la misma labor. Pensemos en el caso de que una pareja quiera servirse para el desarrollo de la mediación de un concreto profesional que no figure en el Registro. Pensemos, además, que ese profesional está de acuerdo en intervenir en la mediación de esa concreta pareja que requiere sus servicios. Continuemos pensando, también, que aún teniendo ese profesional la opción de inscribirse automáticamente en el Registro, no estuviese interesado en hacerlo para no verse a expensas de que la Administración –en este caso la *Consellería* correspondiente– requiera su intervención en otros procesos en los que no tenga interés. Pues bien, en este caso, pensamos que la actividad mediadora es posible, puesto que lo será en tanto que las partes están de acuerdo en ello y el objeto del contrato es lícito. Sin embargo, la falta de inscripción registral del profesional mediador hace que, para estos casos, su actividad se convierta en una situación atípica no afecta, al menos en principio, al catálogo de derechos y obligaciones previstas por la Ley gallega. A nuestro entender, lo que ocurriría entonces no es más que lo que ya venía sucediendo en la práctica profesional de los abogados matrimonialistas, que venían ejerciendo de esforzados mediadores familiares en su actuación de defensa de los intereses de sus clientes. En estos casos, tanto podía darse el supuesto de que ya las partes hubiesen llegado a acuerdos previos a la consulta con el profesional –bien sobre aspectos personales y patrimoniales, bien únicamente sobre la intención de resolver amistosamente su situación–, como aquel otro en que, sin haber pensado en la posibilidad de solventar la crisis matrimonial más allá de los cauces estrictamente judiciales, la recomendación de un profesional, normalmente el abogado, les orienta hacia una solución del conflicto que supone un gran ahorro en costes económicos y también emocionales.

En cualquier caso, una vez que se ha designado mediador, la actividad mediadora debe comenzar por una reunión entre el mediador y las partes en conflicto. Una vez celebrada ésta, el mediador propondrá un programa de actuaciones que somete a la consideración de las partes. Si éste se aprueba, se procederá a su puesta en funcionamiento, pero sin olvidar que las partes, unilateralmente, pueden mostrar en cualquier momento su disconformidad con la persona mediadora, en cuyo caso se procederá a la designación de un nuevo profesional; o con la propia mediación en sí misma, lo que supondría el fin del proceso.

La duración de la mediación se ha establecido en tres meses prorrogables por otros tres meses, estos últimos improrrogables. Así, en el plazo de seis meses, debería existir un acuerdo, ya sea tomado por las propias partes, ya sea propuesto por

el mediador y aceptado por las partes. Si llegado el plazo fuese imposible llegar al consenso, también se dará por terminada la actividad mediadora.

5. Consideraciones finales:

En definitiva, lo primero que procede decir sobre la Ley gallega de mediación familiar es su falta de entrada en vigor material –que no formal– obligada por la inexistencia de un reglamento que desarrolle los preceptos legales. Así las cosas, nada puede decirse sobre su eficacia o ineficacia en la práctica, siendo siempre teóricos todos los pronunciamientos sobre la misma.

La intención del legislador, en consonancia con las indicaciones del Consejo de Europa, es la de ofrecer a los particulares una nueva alternativa o complemento a los procesos matrimoniales judiciales. Con esa alternativa se busca economizar en costes económicos y emocionales, tanto para los interesados como para la propia administración pública.

La procedencia y necesidad de esta regulación son cuestionables en los parámetros del ordenamiento jurídico vigente sobre el matrimonio. En él ya se ha previsto la posibilidad de que sean los cónyuges los que de mutuo acuerdo establezcan un convenio regulador de sus relaciones patrimoniales y personales. En cuanto a las parejas de hecho, y en tanto que les afectan problemas de la misma índole, tampoco había oposición a que las partes consensuasen el futuro de sus relaciones.

En conclusión, habrá que esperar a la efectiva puesta en marcha de las previsiones de esta Ley para comprobar cuál sea su verdadero alcance. Mientras tanto, no parece que el vacío que se dice llamada a ocupar se encuentre realmente carente de soluciones cuando existe voluntad de superarlo; voluntad igualmente necesaria en los futuros procesos de mediación.

EL DERECHO FORAL GALLEGO EN EL SIGLO XXI

Roberto Francisco García Mondelo
Abogado

Desde su origen ancestral y consuetudinario, el Derecho gallego nunca ha tenido una vida fácil. Cuando no ha estado prácticamente olvidado, ha estado fuertemente cuestionado. La carencia de un verdadero poder de gobierno –ni propio ni extraño– en el territorio gallego a lo largo de su historia es la principal causa de la incertidumbre soportada por nuestro Derecho.

El territorio que conforma la comunidad gallega ha permanecido desde la desaparición del poder de Roma, como un área territorial identificable como un reino, integrada y dependiente de los sucesivos reinos de Asturias, León y Castilla.

El hecho histórico de carecer de un poder territorial propio es la principal causa de la carencia de un Derecho foral consolidado. El reparto del poder en el territorio gallego entre la iglesia y la nobleza tuvo siempre como principal objetivo el enriquecimiento del titular del derecho y desgraciadamente nunca el mínimo interés en el desarrollo del pueblo coetáneo.

El hecho de carecer de un poder local o regional con soberanía –principal fuente de creación del Derecho, la ley– en el territorio gallego, ha dificultado extraordinariamente la formación, el desarrollo y consolidación del Derecho gallego. Porque mientras los reinos hispánicos consolidados a partir de comienzos del siglo XIV fueron dotados de instituciones legislativas propias (Corona, Cortes y Consejos), el hecho de ser el reino de Galicia territorio dependiente de Castilla, unido a la falta de liderazgo de persona o institución en el mismo, impidió la creación de un Derecho legislado propio y dificultó en gran medida el desarrollo y territorialización del Derecho consuetudinario gallego.

Castilla, Navarra, Aragón, Cataluña, Valencia, Baleares y provincias Vascongadas positivizan su Derecho consuetudinario que posteriormente desarrollan y actualizan. El Derecho consuetudinario gallego, aún no olvidando que el Derecho foral es el resultado de un proceso histórico que tiene su origen en la época postgótica, tiene raíces propias y distintas tanto del Derecho escrito castellano como del de sus territorios.

Las raíces del Derecho consuetudinario gallego han sido estudiadas y fijadas particularmente a partir de la publicación del Código civil español en 1889. La fuerte resistencia a la entrada en vigor de dicho Código efectuada por los Derechos forales existentes, catalán, aragonés, provincias vascongadas, aconsejaron y permitieron la elaboración de Apéndices forales al propio Código civil. A partir de ese momento, comenzó la consolidación y también la discusión del Derecho foral gallego.

Y si bien es cierto que por parte de grandes juristas españoles se cuestionó la realidad de un Derecho foral gallego, no es menos cierto que gracias a juristas gallegos se consolidó y reconoció la existencia de un Derecho propio de Galicia.

El Real Decreto de 2 de febrero 1880 dispone la incorporación a la Comisión General de Codificación civil de un representante de cada una de las regiones forales con el cometido de que presentara en el término de seis meses una Memoria acerca de los principios o instituciones de Derecho foral. Designado vocal por Galicia don RAFAEL LÓPEZ DE LAGO, elevó a la Comisión la correspondiente memoria.

La Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, respetuosa con el Derecho foral, ordenó al Gobierno que presentara los Apéndices al Código civil que recogieran las instituciones forales que convenían conservar.

El Real Decreto de 17 de abril de 1891 constituye la Comisión encargada de redactar el texto del anteproyecto de Apéndice del Derecho foral de Galicia. Reorganizada posteriormente dicha Comisión bajo la presidencia de don JOSÉ PÉREZ PORTO, elaboró el anteproyecto que fue aprobado en 30 de abril de 1915.

El Decreto de 23 de mayo de 1947 por virtud del cual se constituyó una nueva Comisión en 1948, que tomando como partida el anteproyecto de 30 de abril de 1915, culminó los trabajos base del proyecto de Ley de Compilación del Derecho civil foral de Galicia.

Consolida y marca el comienzo del moderno desarrollo del Derecho foral gallego la Compilación del Derecho civil especial de Galicia de 2 de diciembre de 1963.

Los congresos de Derecho gallego celebrados en La Coruña en los años 1972 y 1985 son determinantes en este desarrollo y consolidación de nuestro Derecho foral. El interés demostrado por un conjunto de juristas gallegos, unido a su demostrada capacidad, conocimiento y valía, permiten caminar con rumbo cierto y claro hacia la consolidación de un Derecho propio, elaborado secularmente por nuestro pueblo y que responde a las características únicas de nuestra sociedad, el cual respeta, regula y facilita la resolución de su problemática económica–social.

La Ley de 10 de noviembre de 1987 sobre la Compilación de Derecho Civil constituye la fijación y desarrollo del Derecho civil de Galicia.

El artículo 149.1.8 de la Constitución española de 1978 faculta la conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil propio a la Comunidades Autónomas.

El artículo 27.4 del Estatuto de Autonomía de Galicia atribuye competencia

exclusiva para estas facultades. La Comunidad Autónoma puede determinar sus fuentes: artículo 38 del Estatuto en relación con el 149.1.8 *in fine* de la Constitución.

La Ley de 24 de mayo de 1995 de Derecho civil de Galicia constituye el último peldaño legislativo de nuestro ordenamiento foral.

Es pues ingente el trabajo y esfuerzo desarrollado por los juristas forales gallegos a lo largo de este último siglo. Hoy está consolidado el Derecho gallego y las reticencias al mismo olvidadas. En este sentido el trabajo desarrollado ha sido fructífero y positivo, pero una vez superada la incomprensión de grandes juristas patrios y también de otros Derechos forales nacionales, es preciso preguntarnos e intentar valorar la asunción y utilización de nuestro Derecho foral dentro del mundo jurídico gallego.

Puede parecer una ironía el hecho de que después de tantos esfuerzos realizados en el ámbito nacional para el reconocimiento de nuestro Derecho foral nos encontremos que la resistencia al uso de nuestro legítimo Derecho foral provenga actualmente de los profesionales gallegos relacionados con el campo del Derecho.

Parece cierto, al menos en el ámbito de consulta con abogados ejercientes, que existe un desconocimiento del Derecho foral gallego, agravado por una falta de aprecio hacia el mismo y una duda de su existencia real y de su practicidad.

Dado que el importantísimo e influyente campo de la jurisprudencia contribuye lentamente al conocimiento y desarrollo de nuestro Derecho foral, es menester la continuación del desarrollo jurídico, tanto en el campo creativo (legislativo) como en el de la divulgación y su conocimiento (judicial y doctrinal).

Las tres universidades gallegas, sus facultades de Derecho, deben involucrarse de forma nítida y eficaz, en la enseñanza y divulgación del Derecho foral gallego.

Una importante decisión sería la de crear un área específica dedicada al Derecho foral gallego. La implantación del estudio de este Derecho foral permitiría que nuestros licenciados en Derecho conociesen de forma generalizada el mismo, cambiando así radicalmente la actual apatía y desconocimiento del mismo en este ámbito profesional, originando como normal consecuencia un más amplio uso ante los tribunales del mismo lo que lógicamente originaría una mayor jurisprudencia de Derecho foral.

Con respecto a la actual contribución de la jurisprudencia de nuestros tribunales gallegos, con especial incidencia para el Tribunal Superior de Justicia de Galicia –Sala de Derecho Civil y Penal– manifestar su insuficiente contribución al conocimiento y empleo del Derecho civil gallego.

En este sentido es preciso recordar las siguientes sentencias –seleccionadas especialmente por JOSÉ CÁNDIDO PAZ ARES–:

Tribunal Supremo:

En las ocasiones en que hubo de pronunciarse sobre el particular, ha estimado

que no se había probado suficientemente la existencia de la costumbre de establecer sociedades familiares tácitas en Galicia, pero en modo alguno ha afirmado que tal sociedad no existiese.

Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1886. La primera sentencia procedía del juzgado de Vivero, en recurso de casación promovido en un juicio de tercería de dominio en el que la tercerista alegaba su mejor derecho en base al crédito derivado del importe del precio de los servicios que como "criada" había prestado al ejecutado, hermano suyo, durante veinte años y a cuya fundamentación había opuesto el acreedor la de que tal tercerista no era criada, sino socia de su hermano, en virtud de la sociedad familiar tácita entre ellos existente. El supremo desestimó el recurso diciendo "que la práctica que se dice ser constante en la Real Audiencia de La Coruña acerca de la Compañía llamada gallega, no puede invocarse para fundar un recurso de casación, ya porque no consta que esa práctica exista y forme doctrina de jurisprudencia, y ya porque aun existiendo, no se concreta el concepto o motivo porque se haya infringido, y además no tiene analogía con la cuestión litigiosa". De cuyos razonamientos se desprende que no se ha probado la costumbre.

Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1875. Manifiesta que en la apreciación de la prueba sólo se ha de estar a lo que dice la Sala sentenciadora. Es decir, que el Supremo ha respetado el criterio de la Sala de la Audiencia de no estimar adecuadamente probados los hechos–base de la costumbre que se pretendía acreditar.

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 1884. Reitera que la valoración de la prueba compete a la Sala sentenciadora y a juicio de ésta no se ha demostrado la existencia de ninguna clase de compañía en el caso de autos.

Audiencia Territorial de La Coruña:

Sentencia de 18 de marzo de 1885. Revoca la dictada por el juzgado de primera instancia de Negreira, argumentando que la sociedad tácita no podía ser admitida como costumbre, como ley, mientras el Poder legislativo no la sancionase, ni tampoco formaba doctrina de jurisprudencia del Tribunal Supremo. El absurdo es mayúsculo, al hablar de una costumbre que tendría que ser sancionada por el Poder legislativo.

Sentencia de 16 de abril de 1892. Dictada en pleito procedente del partido judicial de Allariz, en el que se formuló reconvención por la parte demandada, reclamando a su suegro la práctica de la liquidación de la compañía gallega que durante varios años formaron el suegro, el yerno y la mujer de éste. La Audiencia declara no haber lugar a la reconvención, aduciendo que la "indicada institución familiar, sean cuáles fueran su antigüedad, su extensión, naturaleza y efectos, no está reconocida por nuestras leyes ni por jurisprudencia del Tribunal Supremo, ni tiene por tanto existencia jurídica, deduciéndose en consecuencia de esta afirmación que la expresada sociedad no puede dar origen a ninguna acción civil.

Sentencia de 26 de julio de 1897. Es más comedida, dentro de esta línea, pues dice que no se ha demostrado la existencia de la costumbre, lo cual es muy diferente a negarla.

Sentencia de 27 de octubre de 1904. Se sitúa en la orientación tradicional al decir que la demandada ha justificado cumplidamente la observancia de la costumbre de constituir sociedad en la forma y en los términos enunciados, aportando a los autos testimonios de las escrituras otorgadas ante diferentes escribanos y notarios desde 1764 hasta 1892, todo lo cual acredita palmariamente que desde tan remota época viene observándose la costumbre de establecer estas compañías o sociedades generales de ganancias.

Indicar, brevemente, que en los doce años de funcionamiento de la Sala Civil y Penal (Tribunal Superior de Justicia de Galicia), se han producido 208 sentencias con relación a litigios planteados en aplicación de la normativa foral gallega, con la siguiente distribución (según amable información facilitada por la secretaria de Sala):

En el año judicial de 1990, 4 sentencias; 1991, 0 sentencias; 1992, 6 sentencias; 1993, 0 sentencias; 1994, 8 sentencias; 1995, 14 sentencias; 1996, 16 sentencias; 1997, 23 sentencias; 1998, 16 sentencias; 1999, 39 sentencias; 2000, 37 sentencias; 2001, 12 sentencias y durante el presente año de 2002, 33 sentencias. La mayoría de estas sentencias resuelven conflictos jurídicos sobre montes –fundamentalmente–, propiedades, servidumbres, etc.

La jurisprudencia entiende, lógicamente, que si no se pleitea con arreglo a disposiciones forales gallegas no es posible formar dicha jurisprudencia. Cierto es, pero también será de agradecer que la misma, como labor hermenéutica, oriente y aconseje la formulación procesal por las normas forales gallegas, siendo éstas, en los casos concretos que así lo aconsejen, las que mejor recogen y aplican el concepto de justicia que consuetudinariamente han demostrado ajustarse a nuestra sociedad.

En el campo de la doctrina científica es preciso reconocer un claro predominio de la labor desarrollada por el grupo profesional de los notarios. La contribución al mantenimiento del primitivo Derecho foral gallego, su consolidación y puesta en práctica efectuada por los notarios que desempeñan el ejercicio profesional en Galicia es reconocida ampliamente en todas las publicaciones de Derecho foral. La amplísima bibliografía existente sobre las instituciones propias del Derecho foral gallego elaborada por este grupo profesional así lo confirma.

No es menos relevante la labor doctrinal científica desarrollada por grandes juristas gallegos, si bien el grupo profesional de la abogacía –punto de arranque de las reclamaciones judiciales– arrastra el déficit de su desconocimiento y empleo en los tribunales.

La vigente Ley de Derecho civil de Galicia contempla una serie de instituciones que la práctica profesional ha mostrado como ineficaces. Así los "muiños de herdeiros" carecen de realidad en nuestro tiempo. Otras instituciones, compañía familiar gallega y aparcería, precisan una nueva redacción legislativa que se ajuste a la realidad fáctica del agro gallego.

Es indiscutible que la propiedad rural basada en la producción agraria, como base de sostenimiento de la familia, ha perdido su justificación social. Los tiempos actuales, con políticas agrarias regidas por normativas europeas, unido al minifundio existente en el mundo rural gallego y sobre todo al avance industrial iniciado a comienzos del siglo XIX en Europa y XX en nuestra nación –con un desarrollo imparable a finales del mismo– han cambiado profundamente la producción agraria, hasta tal extremo que hoy difícilmente se encuentran explotaciones rentables de tipo familiar. Unido a todo lo anterior, el implacable avance urbanístico de las ciudades ha reconvertido prácticamente el uso del campo rural en un acopio de suelo agrario con fines exclusivos de construcción urbana.

Ante esta realidad, el Derecho no debe permanecer ajeno; si bien tampoco dejar derogadas instituciones que fundamentan el sentir jurídico–social del pueblo gallego. Se justificaría el mantenimiento de la compañía familiar gallega, pieza maestra del Derecho foral gallego, como una institución hibernada, en espera de un cambio de ciclo, que precisara de nuevo el sostenimiento de la unidad familiar rural gallega, como pieza básica para su mantenimiento y desarrollo.

Donde realmente es más efectivo, práctico y adelantado el Derecho civil de Galicia es en el tratamiento de las instituciones propias del Derecho consuetudinario gallego referidas a los diferentes modos de adquirir la propiedad, sucesiones y donaciones. Aquí sí que realmente nuestro Derecho foral se muestra como adelantado al tratamiento otorgado por el Código civil y otros ordenamientos forales. Aquí sí que vamos por delante en la regulación justa, práctica y efectiva en estas instituciones. Es en este campo del Derecho donde se hace ineludible la enseñanza y la práctica por los profesionales del Derecho del mismo. La aplicación de las normas del Código civil a las familias gallegas en estos campos del Derecho ha sido más fuente de problemas que de soluciones. ¿Cómo no valorar y apreciar instituciones como el "testamento mancomunado", el "usufructo universal de viudedad", el "pacto de mejora", el "derecho de labrar y poseer", la "apartación", las "servidumbres y serventías", el "vitalicio", "la compañía familiar gallega", que resuelven perfectamente las necesidades de la sociedad gallega y que sin duda serán motivo de imitación por otros ordenamientos jurídicos, con la importantísima influencia que dichas instituciones mantienen sobre el Derecho de familia, propiedad, etc.?

La regulación y mejora de las normas que regulan el Derecho sucesorio gallego puede dar lugar a diferencias interpretativas entre grupos profesionales, siendo la causa de éstas ajena al ordenamiento jurídico. La posibilidad de intervención de notarios, en la resolución práctica de sucesiones y partijas testamentarias, es un bien jurídico que precisa protección y habilidad en su reglamentación. En el mundo del Derecho no es válido la prevalencia de intereses de grupos profesionales, pero tampoco sería admisible la eliminación, en cuestiones tan importantes y habituales, de otros profesionales del Derecho.

Por último, el agradecimiento a todas aquellas personas que han contribuido con su esfuerzo, su tiempo y su amor al Derecho, a conseguir no sólo el mantenimiento y reconocimiento de nuestro Derecho foral gallego, sino la consolidación y desarrollo del elemento que constituye el vinculo de identidad y de unión de la sociedad gallega. Si como afirma el jurista romano ULPIANO, "justicia es

la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho", hoy también debemos confiar en la frase del poeta: "Caminante no hay camino, se hace camino al andar".

Primera propuesta.– Se propone al Congreso a celebrar que, dentro de las propuestas finales, se concrete una resolución solicitando a las autoridades universitarias gallegas la adecuación de sus programas de enseñanza del Derecho, incluyendo como asignatura troncal, el estudio del Derecho civil gallego.

Segunda propuesta.– Se propone al Congreso a celebrar que, dentro de las propuestas finales, se concrete una resolución solicitando al *Consello Galego da Abogacía* que por medio de los Colegios de abogados, se institucionalicen jornadas anuales de estudio del Derecho civil de Galicia y que dicho Derecho forme parte principal en las enseñanzas de las escuelas de prácticas jurídicas que de los mismos dependen.

VEINTE AÑOS DE AUTONOMÍA EN GALICIA

Jaime Rodríguez–Arana Muñoz
Catedrático de Derecho Administrativo
Director del Instituto Nacional de Administración Pública

En fechas próximas celebraremos como corresponde los veinte años del Estatuto de Autonomía de 1981 que, gracias al esfuerzo de todos, se ha convertido en la piedra angular, junto a la Constitución de 1978, de la convivencia colectiva de los gallegos.

Veinte años después parece que puede resultar de interés, en un acto como éste, traer a la memoria algunos de los episodios más significativos, no sólo del apasionante proceso de elaboración del Estatuto de 1981, sino del de 1936, en el que se produce esa abierta e integradora manifestación de lo que se ha denominado pensamiento galleguista.

El galleguismo ha sido una doctrina cultural y política muy amplia, donde caben todos y donde nadie ha osado autoatribuirse en exclusiva el buen nombre de nuestra tierra. Es más, las corrientes de pensamiento galleguista van desde el liberalismo de los prenacionalistas (provincialismo de FARALDO), al federalismo, al republicanismo autonomista del ORGA (VILLAR PONTE, GONZÁLEZ LÓPEZ) o, en fin, al tradicionalismo (RISCO) o el progresismo de un CASTELAO.

Sí que supone una ruptura con el pensamiento galleguista de siempre el marxismo de los movimientos de los años sesenta, que van monopolizando la oposición al franquismo, demasiado deudores de esquemas de liberación anticolonial tercermundistas, o acomplejados ante esta estrategia que les impide abrirse a su espacio político europeo natural, la social–democracia, y que hacen que, a diferencia del nacionalismo vasco y catalán, opten por una estrategia de agitación social y rupturismo que les aísla de la dinámica política y que les conduce a unas divisiones internas inacabables (UPG, PSG, PSDG, POG, Partido Galeguista reconstituido, Galicia–Ceibe) o a operaciones políticas confusas (Consello de forzas galegas, ANPG, APG), y, por fin, a unos más que discretos resultados electorales.

Mientras tanto, las fuerzas estatales gallegas tuvieron más reflejo y supieron incorporar buena parte del pensamiento galleguista. Es el caso del Partido Gallego

Independiente de MEILÁN GIL en UCD, son las incorporaciones de personalidades galleguistas en puestos relevantes de las listas de AP, como FERNÁNDEZ ALBOR o en las listas del PSOE, como RAMÓN PIÑEIRO o CARLOS CASARES.

Como es sabido, la UCD quedó atrapada en las contradicciones existentes entre los parlamentarios gallegos que defendieron un Estatuto de nacionalidad histórica (MEILÁN, ROSÓN, FRANQUEIRA) y la estrategia madrileña que quiso empezar por Galicia una reconducción del proceso autonómico, una vez aprobados los estatutos vasco y catalán. Fue el principio del fin de la UCD. Su espacio lo irá ocupando una AP que poco a poco irá sabiendo reflejar el pensamiento galleguista.

Los parones y marchas atrás del Estatuto, la abstención o la oposición de las fuerzas nacionalistas que no limaron sus asperezas rupturistas en Galicia, a diferencia del nacionalismo vasco y catalán, determinaron que algo que se había iniciado con gran fuerza inicie su andadura con mal pie: el referéndum a favor del Estatuto tiene una participación bajísima con unos índices de abstención muy superiores a los ya muy elevados que eran normales en Galicia. Esta situación, sin embargo, contrasta con el éxito de los diputados del Partido Galleguista en la II República que consiguieron la aprobación del Estatuto por abrumadora mayoría, eso sí, según las prácticas de la época.

Así las cosas, tuvo que ser AP quien hiciera el esfuerzo de recobrar el pulso político autonómico, pues el PSOE acabó esclavo de su obediencia a Madrid frente a medidas lesivas para Galicia como la LOAPA, el desmantelamiento industrial, el sacrificio del sector lácteo y pesquero con la entrada en la CEE, o la postergación de Galicia en el primer plan de carreteras. Mientras tanto, el nacionalismo seguía dividido y radicalizado y, así, los diputados del Bloque tuvieron que ser expulsados del Parlamento por no querer jurar la Constitución.

Refundada AP, centrada en su proyecto político (ahora PPG), recobrado el pulso autonómico gallego gracias a su galleguización dentro de un marco autonómico que satisface las aspiraciones del viejo galleguismo pues permite ir profundizando hacia cotas muy importantes de autogobierno, hoy carecen de sentido reivindicaciones de autodeterminación, máxime en un mundo que va hacia la universalización y la mundialización de la economía de una forma inexorable.

De alguna manera se puede decir que el Estatuto de 1936 es el resultado del encuentro entre las tres corrientes que dieron cuerpo político–ideológico a Galicia a lo largo del siglo XIX, siglo en el que a la par que se constituyen los Estados en el sentido contemporáneo de la palabra se van fraguando en toda Europa las diferentes conciencias nacionales.

Por una parte está el regionalismo tradicionalista que tiene su máxima expresión en BRAÑAS y cuya denominación no entraña necesariamente la reclamación de menos cuotas de autogobierno. La preferencia del término región no supone una rebaja de los derechos políticos de Galicia, pues a esta corriente de pensamiento le era extraña el concepto "revolucionario" de nación que incluso se emplea escasamente a España, prefiriéndose el término Monarquía, Corona, para ésta y Región o Reino (Gobernador General del Reino y Diputación General del Reino)

para Galicia.

En segundo lugar, se encuentra el nacionalismo liberal (con raíces en el levantamiento que acabaría en Carral) que arranca de MURGUÍA, que fue quien formuló la idea de Galicia como nación al contenerse en ella sus rasgos caracterizadores: pueblo diferenciado, ritmo histórico propio, cultura e idioma propios e instituciones consuetudinarias y tradiciones peculiares.

En tercer lugar, hay que citar el regionalismo federal, que defendía la idea de un Estado soberano galaico dentro de la unidad de la nación española marco de la inestabilidad política decimonónica, que había tenido cierto protagonismo en el proyecto de Constitución federal de 1871 y que posteriormente logró redactar un proyecto de Constitución del Estado galaico.

Sería injusto, por otra parte, no hacer mención, por su importancia, al nacionalismo de VICENTE RISCO caracterizado por su concepto natural y étnico de la nacionalidad. Pues bien, debe recordarse también que todas estas líneas de pensamiento rechazaban la independencia y se esforzaban en buscar un encaje de Galicia como entidad política dentro de España.

En relación con los antecedentes jurídicos, hay que señalar que en mayo de 1931 el Seminario de Estudios Gallegos (PAZ ANDRADE, BÓVEDA o CARBALLO CALERO) redacta un proyecto bastante ambicioso que responde a la concepción galleguista de sus componentes y que piensa en la futura constitución de una República pero de estructura federal. Se habla de Estado y de nación gallegas pero integradas dentro del Estado federal español, las competencias son amplísimas incluso a nivel financiero en donde se ve la huella de BÓVEDA, y se reconoce un gran protagonismo al cuerpo electoral.

En el otro extremo, el Secretariado de Galicia en Madrid elabora un proyecto en el que se denomina a Galicia región vaciándola del concepto que esta palabra tenía para BRAÑAS, el idioma gallego se subordina absolutamente al castellano, se recogen determinados mecanismos de tutela estatal, se consagra el bicameralismo y no se entra en la autonomía y en la suficiencia financieras.

El Instituto de Estudios Gallegos de A Coruña, por su parte, presenta también su propuesta ciertamente ambigua en cuanto al carácter de las competencias.

El proyecto de ORGA–FRG de los centristas coruñeses es deudor de la Constitución del Estado Galaico del pasado siglo, se habla de Galicia como "Estado autonómico dentro de la República española", se rehuye del término nación pero se le reconoce "plena soberanía". Aunque deudor del liberalismo decimonónico, hay cierta voluntad de acercamiento a los galleguistas del Seminario de Estudios Gallegos (potenciación del gallego, reconocimiento de la personalidad jurídica de la parroquia,...). La voluntad de entendimiento entre las fuerzas republicanas de centro y los galleguistas hará que éstos terminen aceptando, a cambio de pequeñas variaciones, este proyecto que será la base del Estatuto de 1936 al ser aprobado por la asamblea del 4 de junio de 1931.

Por supuesto, al no instaurarse un modelo federal en la Constitución

republicana, este proyecto sufrirá algunas adaptaciones, aceptadas por todas las fuerzas gallegas, para ajustarlo al marco del nuevo "Estado integral". Se forma una comisión con IGLESIAS BÓVEDA, CABEZA DE LEÓN, LUGRÍS y RAJOY LELUP, que presenta el texto adaptado a la Asamblea de ayuntamientos.

En el texto del Estatuto de 1936, como ha recordado VILAS NOGUEIRA, se renuncia al término nación y se acepta por los galleguistas el término región, prueba del espíritu de consenso de los autonomistas y de la moderación y escaso dogmatismo del galleguismo de la época. La asamblea legislativa es elegida mediante sistema proporcional y sufragio universal y se prevé la posibilidad de revocación de los diputados por el cuerpo electoral. Se consagra un presidencialismo atenuado de forma que existe un presidente de la región elegido por votación popular y un presidente de la Junta (recogiendo la terminología tradicional de las Juntas del Reino de Galicia que funcionaron en los siglos XVI, XVII, XVIII). El cuerpo electoral posee iniciativa legislativa y referéndum legislativo. En materia de autogobierno hay importantes competencias exclusivas en enseñanza, régimen local, régimen agrario, obras públicas, si bien existe en algunos casos la técnica de bases estatales–desarrollo en sanidad, montes, etc. Se recogen facultades económico–financieras con la posibilidad de crear un Banco acomodándose a los principios esenciales de la legislación del Estado. Se establece la cooficialidad y potenciación de la lengua gallega, de manera que los funcionarios designados para actuar en la región "deberán acreditar conocimiento de la lengua gallega". Se produce el reconocimiento político de la emigración y de la personalidad de la parroquia rural.

El Estatuto de 1936 supone, como hemos visto, el fruto del diálogo, la tolerancia y el compromiso con Galicia de buena parte de las fuerzas políticas democráticas gallegas que no se entendería sin la existencia de una ya antigua tradición autonomista por parte de determinadas élites culturales al principio pero que fue creando un espíritu de concienciación social.

Aunque sería injusto desconocer el protagonismo dinamizador del partido galleguista, el texto nace de la voluntad de entendimiento y de la cesión parcial de los postulados más dogmáticos de unos y de otros para conseguir, dentro del marco constitucional español del momento, importantísimas cuotas de autonomía. Detrás estuvo el sacrificio, incluso extremo, y el sufrimiento de incomprensiones, a veces también extremas, de una etapa dificilísima de nuestra historia colectiva. La semilla del amor a la tierra y el servicio al pueblo gallego de muchos de aquellos hombres cuyos encuentros y desencuentros sólo se explican desde ese sentimiento, está hoy presente en el autogobierno que disfruta Galicia en el marco de la Constitución de 1978. Todo ello es una lección para los que desde el radicalismo desprecian lo que es la fecundidad del entendimiento plural, y para los que desde intereses mezquinos o bien desidias o complejos no saben percibir el caudal vivo de historia colectiva que encierra el marco político del que disfruta Galicia.

De esta memoria histórica se hacen eco tanto la Constitución, al permitir los máximos techos ya inicialmente a aquellas comunidades que en el pasado plebiscitaron su Estatuto (que era la fórmula que Galicia necesitaba ya que hasta ahí se había llegado) como nuestro Estatuto actual, al proclamar la condición de Galicia como nacionalidad histórica. Condición que el pueblo gallego nunca ha entendido

como un privilegio sino como autocompromiso con su identidad y dentro de la convivencia solidaria con el conjunto de los pueblos de España.

El Estatuto gallego de 1981, como es bien sabido, trae su causa de la Constitución de 1978 y más en concreto de su disposición transitoria segunda al cerrar el paréntesis abierto por la guerra civil y el régimen político franquista en materia regional. Pues bien, el proceso se reanuda mediante el llamado sistema preautonómico que, como se ha recordado en multitud de ocasiones, estableció un esquema de entes administrativos que respondía a supuestos teóricos de descentralización concretada a medida que se llevaba a cabo la transferencia de los servicios estatales. El encaje con el proceso autonómico previsto en la Constitución se realizó a través de la disposición transitoria primera que señalaba, como es bien sabido, que la iniciativa que el artículo 143 de la Constitución española encomendaba a las corporaciones locales podía ser llevada a cabo por los órganos colegiados superiores de los regímenes provisionales de la autonomía y la transitoria segunda reconocía la iniciativa de los órganos de gobierno preautonómico de Cataluña, País Vasco y Galicia, para la convocatoria a diputados y senadores. En Galicia, la pieza clave de la preautonomía fue la creación de la Xunta, recuperando así un nombre con alcance simbólico que se definía como órgano de Gobierno de Galicia con personalidad jurídica plena en relación con los fines que se le encomiendan.

El 3 de julio de 1978 el Presidente de la Xunta convoca a todos los partidos políticos y entidades culturales, sociales y sindicales para que colaborasen individual o colectivamente en la elaboración del anteproyecto de Estatuto de Autonomía para Galicia. El 16 de diciembre se decide constituir una Comisión de 16 personas que elaboró un borrador de Estatuto que quedó ultimado el 7 de abril de 1979. Tras dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 151 de la Constitución española se aprueba por la Asamblea de Parlamentarios el proyecto que es presentado el 28 de junio al Presidente del Congreso de los Diputados, aniversario del referéndum por el que en 1936 fuera aprobado el Estatuto Gallego. A partir de entonces, se buscó el acuerdo entre todos los partidos políticos en un intento de encontrar espacios de entendimiento, entre los que destaca el Pacto del Hostal que se produce, en palabras del Presidente actual de la Xunta, porque se quería un Estatuto que satisficiera a todos los gallegos dentro del orden constitucional vigente. Quizás, veinte años después, convenga recordar algunos de los contenidos de ese pacto: respaldo ampliamente mayoritario de las fuerzas políticas, el Estatuto debía ser la norma fundamental de la convivencia y del entendimiento de los gallegos, voluntad de eliminar los obstáculos entonces existentes para que el referéndum de aprobación fuese convocado en las condiciones de concordia y solidaridad que el carácter del Estatuto requería...

En fin, el 1 de octubre la Asamblea de Parlamentarios ratifica el Pacto del Hostal y se nombran los delegados de la Asamblea para la reunión conjunta con los representantes de la Comisión Constitucional. El 8 de octubre se le entrega al Presidente del Congreso el documento que incluía el Pacto del Hostal y que se redactó como acta del acuerdo de la Asamblea de Parlamentarios. Tras las reuniones de la Comisión Constitucional y la preceptiva sesión conjunta con la delegación de la Asamblea de Parlamentarios gallegos, se aprueba el nuevo texto que es aprobado por

unanimidad. Luego se somete a referéndum –21 de octubre– y el 28 de abril se publica en el Boletín Oficial del Estado, tras la ratificación del Congreso de los Diputados y del Senado.

No me parece baladí, ahora que se van a cumplir veinte años del Estatuto de Autonomía, recordar de la mano del profesor MEILÁN las líneas maestras del Estatuto. Pero antes, me parece obligado rendir un sincero homenaje a aquellos parlamentarios gallegos que brillantemente abortaron la disposición transitoria tercera, párrafo 2 del Estatuto en la que se pretendió, ni más ni menos, que la completa subordinación del Derecho de la Comunidad Autónoma al Derecho del Estado. El instrumento técnico elegido, con pretensión de validez también para los posteriores Estatutos, suponía, a través de la ambigüedad de lo que se entendiese por concurrencia de competencias entre el Estatuto y la Comunidad Autónoma gallega sobre "idénticas" o las mismas materias, que el ejercicio de las competencias propias de Galicia quedaba subordinada a la previa aprobación por las Cortes Generales de las correspondientes leyes. Es decir, se daba carta de naturaleza a la conversión de competencias exclusivas autonómicas en compartidas.

En fin, con el Estatuto de 1981 en la mano, Galicia asume desde su constitución como Comunidad Autónoma todas las competencias posibles en el marco de los artículos 148 y 149; Galicia es el sujeto, el contenido, la razón de ser, la referencia esencial y el sentido último del Estatuto; el artículo primero sintetiza la finalidad esencial de la Comunidad Autónoma: asumir a través de las instituciones democráticas la defensa de la identidad de Galicia y de sus intereses, y la promoción de la solidaridad entre todos los que integran el pueblo gallego; la declaración del gallego como lengua propia de Galicia y su cooficialidad con el castellano en un ambiente armonioso y sin discriminaciones; el derecho de los gallegos a vivir y trabajar en su propia tierra; la organización territorial propia de Galicia debe tener en cuenta la distribución de la población y sus formas particulares de convivencia y asentamiento; el Derecho propio de Galicia es de aplicación preferente en su territorio en materia de competencias exclusivas; el Parlamento es la institución clave; el Presidente de la Xunta dirige la acción de gobierno, ostenta la representación de la Comunidad Autónoma gallega y la ordinaria del Estado en Galicia; existen competencias exclusivas en materias tan específicas como montes vecinales en mano común, pesca en las rías y aguas interiores, marisqueo, agricultura, además de caza y pesca fluvial, etc., etc.

Veinte años después, me parece que se pueden hacer, con la prudencia propia de estos casos, algunas glosas y comentarios que arrancan de la idea, que recoge tanto la Constitución como el Estatuto: la autonomía política y la solidaridad son principios complementarios, son criterios rectores del modelo autonómico que deben entenderse en contextos de integración y de lealtad constitucional. Es decir, la personalidad colectiva de Galicia, su desarrollo e impulso no es sólo compatible con la solidaridad, sino que son las dos caras del modelo autonómico. Me parece que en Galicia este tema se reflejó con natural espontaneidad, salvo excepciones, porque el Estatuto, ese es su acierto –me parece– recoge y reconoce una realidad que es viva y dinámica en la convivencia y modo de ser de nuestro pueblo. Se trata de una de las cuestiones centrales de la pedagogía política del momento presente que no puedo ni

quiero pasar por alto.

Veinte años después, me parece que se ha robustecido la confianza de los gallegos en sus instituciones. Se han desarrollado ampliamente las competencias estatutarias a través de leyes autonómicas, la Xunta de Galicia está perfectamente consolidada, se abrieron las relaciones exteriores sobre la indiscutible personalidad política del actual Presidente, se ha completado el entramado institucional, etc.

Para terminar, una reflexión de carácter político. Veinte años después, el Estatuto sigue siendo válido. En su proceso de elaboración y en su contenido. Permítanme que me detenga en el llamado Pacto del Hostal y que haga un paralelismo con el espíritu que marcó la elaboración del Estatuto de 1936. Por una razón elemental que, me parece, explica la propia razón de ser del espíritu autonómico de un pueblo inteligente, práctico y sumamente generoso. Me refiero a la gran capacidad que tenemos los gallegos para encontrar espacios de entendimiento, para mirar al futuro, para superar los desencuentros, para la integración. Es, pienso, una de las grandes lecciones del galleguismo que ha sabido afirmar su identidad mirando al todo, al conjunto y comprendiendo que España se potencia desde Galicia y Galicia se robustece desde España.

En los últimos veinte años, el Estado de las Autonomías, gracias a experiencias tan positivas como la del Estatuto gallego, se puede decir que, en su perfil jurídico, se encuentra perfectamente delimitado. Los pilares y los fundamentos del edificio autonómico están bien firmes y ahora nos corresponde, con sentido de responsabilidad, hacer posible que esta gran construcción que tanto nos ha costado a todos levantar, cumpla su función de integración y de encuentro entre todos los españoles. Pero para eso, y éste es el gran desafío que tenemos veinte años después de la aprobación del Estatuto gallego, la cooperación, la colaboración y la lealtad institucional deben presidir este gran acierto constitucional pensado para salvaguardar esa pluralidad que está en la misma entraña de la esencia de España y que tan bien refleja el Estado autonómico que, debemos proclamarlo con la voz bien alta, ha facilitado y propiciado un elevado grado de participación política y unas elevadas cotas de libertad para que la gente, los individuos, tengan más capacidad de participación y más capacidad para desarrollarse libremente como personas.

GUÍA PARA PROCESOS ELECTORALES. CRITERIOS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA LEGALIDAD VIGENTE, A TENER EN CUENTA PARA LAS ELECCIONES A REPRESENTANTES DE LOS TRABAJADORES EN LA EMPRESA

Gonzalo Iglesias Rial
Letrado–Asesor Jurídico
Director Relaciones Laborales de Caixanova

PRÓLOGO DEL AUTOR:

Con la modesta intención de contribuir en la labor que los distintos responsables de relaciones laborales tienen encomendada, y en lo que pueda ser de interés para todas aquellas personas e instituciones que de algún modo se vean afectadas, directa o indirectamente, por un proceso electoral para llevar a cabo la elección de los representantes de los trabajadores, y bajo la experiencia adquirida en procesos anteriores celebrados en Caixanova, he elaborado esta guía.

De antemano ruego la comprensión de los lectores, respecto a la finalidad de esta guía, que no pretende ser un tratado en la materia, sino un instrumento para facilitar la labor de los profesionales y personas que tengan necesidad de consulta en la materia, atendiendo a un orden lógico de desarrollo del proceso electoral, profundizando especialmente en aquellas cuestiones relativas al proceso en sí, pero sin olvidar otras tales como: reclamaciones electorales, adecuación de la representatividad, sustituciones, dimisiones y revocaciones.

Como puede constatarse, la guía es en muchos de sus apartados y párrafos una transcripción casi literal de la normativa vigente, en la consideración de que la norma, aunque confusa en algunos extremos, tendrá más utilidad para los usuarios. He añadido algunos comentarios, a mi juicio de interés y que mi experiencia profesional me ha deparado. Igualmente he señalado las referencias más importantes para la consulta de los textos legales, así como algunas referencias a publicaciones y sentencias de nuestros tribunales, respecto a determinadas y puntuales cuestiones. En este orden de cosas, he de indicar que en esta materia, he podido consultar solamente

algunas resoluciones de los tribunales de lo social, puesto que lamentablemente existen muy pocos pronunciamientos por parte de la jurisdicción en relación con el proceso electoral, quizás debido a la inexistencia de conflictividad material al no haberse tramitado una cantidad importante de impugnaciones y/o reclamaciones y también en base a la propia irrecurribilidad que se deriva del proceso judicial, lo que ha impedido, salvo algunos supuestos puntuales, acudir a otras instancias superiores y así poder contrastar la doctrina que de ellos pudiera derivarse.

Desde el examen de la normativa aplicable, especialmente el Estatuto de los Trabajadores y el Reglamento de Elecciones de desarrollo, se constata por una parte, a mi juicio, una deficiente estructura, siendo habitual tener que ir hacia atrás para consultar una norma que, por lógica y por el desarrollo del propio proceso, debería estar a continuación de la que estamos consultando en un determinado momento; por otra parte se constata también, como ocurre con otras materias de nuestro ordenamiento jurídico, la existencia de contradicciones entre la Ley y el Reglamento, como por ejemplo, en materia del cómputo de plazos, respecto a las comunicaciones e información a la Mesa una vez producido el preaviso de celebración de elecciones. En todo caso, no es objeto de este trabajo, la crítica de la norma, debiendo reiterar la finalidad de constituir, en la medida de lo posible, una guía de consulta.

TÍTULO I.– Formas de representación:

Existen dos **formas** de representación unitaria de los trabajadores, los denominados DELEGADOS DE PERSONAL, que son órganos individuales que ejercen su función de forma mancomunada, y los denominados COMITÉS DE EMPRESA, que son órganos colegiados[1].

TÍTULO II.– Circunscripciones:

La circunscripción para determinar el órgano a elegir, se basa en los siguientes criterios[2]:

Para Comité de empresa:

a) **La empresa**, cuando exista un sólo centro de trabajo.
b) **El centro de trabajo**, cuando la misma empresa tenga varios centros.
c) **La agrupación de centros de trabajo**: se constituirá un comité de empresa conjunto, cuando una empresa, dentro de la misma provincia o municipio limítrofe, tenga dos o más centros de trabajo que no alcancen, cada uno aisladamente considerado, el número suficiente de trabajadores para elegir comité (50), pero sí la suma de todos ellos; por su parte, se constituirán diferentes comités, si en la misma provincia coexisten centros de más de 50 trabajadores, con otros que no llegan a esta cifra, porque con los primeros se constituirá un comité y con la suma de los otros centros que individualmente no alcancen los 50 trabajadores, deberá formarse otro.

[1] Arts. 62 y 63 ET.

[2] Arts. 62 y 63 ET.

Para Delegados de Personal:

Para este supuesto, la circunscripción es únicamente el centro de trabajo, no siendo posible la agrupación, ni la aplicación de los criterios antes establecidos para el comité de empresa[3].

TÍTULO III.– Centro de trabajo:

Con carácter general, se entiende por centro de trabajo, la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta como tal, ante la Autoridad laboral. Deberá, en todo caso, analizarse cada supuesto. A modo de ejemplo, para la Administración Pública, se considera un único centro de trabajo la totalidad de establecimientos dependientes del mismo departamento u organismo de que se trate que radiquen en una misma provincia, siempre que los trabajadores afectados, se encuentren incluidos en el ámbito de aplicación del mismo convenio colectivo[4].

TÍTULO IV.– Censo laboral[5]:

El censo laboral, se forma con la relación de trabajadores con derecho al voto. Si bien la determinación del censo laboral, es competencia de la Mesa Electoral, aquél, se elaborará con la información que la empresa debe facilitar (utilizando el modelo normalizado al efecto, anexo nº 1 o el obtenido por medios informáticos, conteniendo los mismos datos e información que el referido modelo). Por una lógica razón de practicidad, actualmente en casi todas las empresas, el censo laboral se confecciona por medios informáticos, puesto que dada la cantidad de información que se requiere, la confección de los impresos, de forma manual, es en la práctica inviable. En Caixanova, en los últimos procesos electorales vividos, la confección de los censos se ha realizado en la indicada forma, sin que por parte de la Oficina Pública se hubiera formulado objeción alguna.

En las empresas o centros de trabajo con 50 o más trabajadores, el censo se distribuirá en dos colegios electorales, uno de técnicos y administrativos, y otro de especialistas y no cualificados[6] [7]. La distribución por colegios electorales, se llevará a cabo en proporción al número de trabajadores existentes en cada uno de los grupos profesionales. La atribución, se realiza mediante una sencilla fórmula:

$$\frac{\text{Nº total de representantes a elegir x Nº de trabajadores del Colegio Electoral}}{\text{Nº total de trabajadores de la empresa/centro de trabajo}} = X$$

[3] A este respecto, la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social de 27–01–00.

[4] Art. 1.5 ET. Art. 5.1 RD 1844/1994, de 9 de septiembre. Respecto a la consideración de centro de trabajo y requisitos configuradores, en materia electoral, sentencia del Juzgado de lo Social núm. 11 de Madrid, de 26–12–95.

[5] Art. 6 RD 1844/1994. Art. 74 ET.

[6] Art. 6 RD 1844/1994.

[7] Es posible constituir un tercer colegio, si así se hubiera pactado en convenio colectivo; art. 71 ET. Art. 6.3 RD 1844/1994.

Si como consecuencia de lo anterior, el cociente resulta inferior a 0,5 en uno de los colegios, deberá constituirse un colegio único en el que todos los electores del centro de trabajo tienen derecho de sufragio activo y pasivo[8].

Los trabajadores fijos discontinuos y los vinculados por un contrato de duración superior a un año se incluirán en la relación de trabajadores fijos.

Los trabajadores contratados por término hasta un año se relacionarán independientemente (utilizando modelo específico anexo nº 2), haciendo constar además de los datos comunes y de identificación de los trabajadores, la duración del contrato y el número de días trabajados hasta la fecha de la convocatoria de la elección[9].

El empresario deberá facilitar el censo a los trabajadores que deban constituir la Mesa Electoral, **en el plazo de 7 días**[10] contados desde el traslado del preaviso de celebración de elecciones, así como copia del referido preaviso, en el caso de elecciones para Delegados de Personal. Para el supuesto de elecciones a Comités de empresa, deberá facilitar, a los trabajadores que deban formar parte de la Mesa Electoral, copia del preaviso, **en el plazo de 7 días** desde su recepción; en igual plazo deberá informar a los representantes de los trabajadores y poner en conocimiento de los promotores el cumplimiento de dicha obligación; respecto **al plazo de 7 días** para facilitar el censo, se computará a partir de la constitución formal de la Mesa electoral. En este aspecto, se produce una contradicción en la normativa, entre lo que señala el Estatuto de los Trabajadores y lo expresado el Real Decreto 1844/1994, debiendo, a mi juicio, aplicarse el criterio establecido en aquella norma, por ser de rango superior.

El censo laboral, se deberá elaborar con datos obtenidos a la fecha de la convocatoria de la elección, sin embargo y teniendo en cuenta que se consideran electores a todos los empleados mayores de 16 años, y con una antigüedad de 1 mes, requisitos que deberán cumplirse al menos en el día de la votación, es prudente aconsejar que la elaboración del censo se lleve a cabo tomando como fecha de referencia la más próxima posible a la votación. En este orden de cosas, considero aconsejable que el censo se elabore con datos obtenidos a la fecha de la constitución de la Mesa electoral, vista la obligación de facilitar el censo a la Mesa una vez constituida.

Cuando se trate de empresas o centros de trabajo con 50 o más trabajadores, en el censo laboral se hará constar el nombre, dos apellidos, sexo, fecha de nacimiento, documento nacional de identidad, categoría o grupo profesional y antigüedad en la empresa de todos los trabajadores, distribuyéndolos en dos colegios.

---

[8] Art. 9.3 RD 1844/94.

[9] Cómputo de los contratos temporales, sentencia del Juzgado de lo Social núm. 15 de Valencia, de 25–04–97. En este mismo orden de cosas, en relación con la antigüedad y la contratación temporal, sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de León de 31–05–99.

[10] A efectos del cómputo de plazos y siempre que no se diga lo contrario, debemos considerar que deben tomarse en cuenta los hábiles, en aplicación de lo que dispone el artículo 48 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas.

TÍTULO V.– Número de representantes a elegir:

a) Se elegirán Delegados de Personal en aquellos centros de trabajo donde haya más de 10 trabajadores y no más de 49. En aquellos centros de trabajo entre 6 y 10 trabajadores, se podrá elegir a un Delegado de Personal si los trabajadores del centro de trabajo así lo deciden por mayoría en Asamblea convocada al efecto[11].

b) Se elegirán Comités de empresa en aquellos centros que cuenten con más de 50 trabajadores individualmente considerados o cuando se proceda a la agrupación (ver Título II anterior)[12].

c) Como queda dicho, los trabajadores fijos discontinuos y los vinculados por contrato de duración determinada están representados por los Delegados de Personal o el Comité de empresa, al igual y conjuntamente con los trabajadores fijos de plantilla[13].

d) A efectos de determinar el número de representantes y el cómputo de trabajadores a tener en cuenta, se establece: 1. Los trabajadores fijos discontinuos y los vinculados por contrato de duración determinada superior a un año se computan como trabajadores fijos.– 2. Los trabajadores contratados por término hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el período de un año anterior a la convocatoria de la elección. Cada 200 días trabajados o fracción se computa como un trabajador más (en este cómputo se deben tomar en cuenta los días de contrato, incluyéndose por lo tanto los días de descanso, festivos, vacaciones, IT, etc.)[14].

e) El número de representantes a elegir, se configura por lo tanto conforme al número de trabajadores de la empresa o centro de trabajo, conforme a la siguiente escala:

Nº de trabajadores	Nº Delegados/Comité de Empresa
6 a 30	1
31 a 49	3
50 a 100	5
101 a 250	9
251 a 500	13
501 a 750	17
751 a 1.000	21
De 1.000 en adelante	2 más por cada 1.000 o fracción, con el máximo de 75

TÍTULO VI.– Proceso electoral:

A) Promoción: pueden promover elecciones, las organizaciones sindicales más

[11] Art. 62 ET.

[12] Art. 63 ET.

[13] Art. 72.1 ET.

[14] Art. 72.2 ET.

representativas[15], las que cuenten con un mínimo de un 10 por 100 de representantes en la empresa o, los trabajadores del centro de trabajo por decisión mayoritaria[16]. Cuando la promoción se lleve a cabo por los trabajadores del centro de trabajo deberá acreditarse tal extremo, mediante acta de la reunión celebrada al efecto, en la que conste la plantilla del centro de trabajo, número de trabajadores convocados, número de asistentes, y resultado de la votación. La referida acta deberá adjuntarse al modelo de comunicación o preaviso. Cuando la promoción se efectúe por trabajadores de diversos centros de trabajo para la constitución de un Comité de empresa conjunto, el acuerdo mayoritario se acreditará igualmente mediante acta de la reunión en la que constarán los datos antes indicados, por cada centro de trabajo de menos de 50 trabajadores que vaya a constituir dicho Comité de empresa conjunto. En caso de concurrencia de promotores, a la comunicación o preaviso de la promoción de elecciones debe acompañarse un escrito que recoja el acuerdo firmado por un representante de cada uno de los sindicatos promotores, identificando con claridad la empresa o centro de trabajo y el domicilio de la misma. Copia de este escrito debe trasladarse a los sindicatos que hubieran promovido con anterioridad el proceso electoral[17]. Constituye práctica habitual que las organizaciones sindicales más representativas en una empresa o sector de actividad, formalicen acuerdos para llevar a cabo una promoción bien conjunta o bien coincidente en las fechas tanto de constitución de Mesas, como en las diferentes fases del calendario electoral.

B) Concurrencia de promotores: en caso de concurrencia de promotores para la realización de elecciones en una misma empresa o centro de trabajo, se considera válida a efectos de iniciación del proceso electoral la primera convocatoria registrada, excepto en los supuestos en que la promoción se haya realizado por la mayoría sindical de la empresa o centro de trabajo, con Comité de empresa, en cuyo caso deberá prevalecer esta convocatoria, siempre que reúna los requisitos legalmente establecidos[18].

C) Lugar y plazo de preaviso: los promotores deberán comunicar a la empresa y a la oficina pública dependiente de la Autoridad laboral su propósito de celebrar elecciones con un plazo mínimo de 1 mes de antelación a la fecha de inicio del proceso electoral (preaviso que deberá cumplimentarse en el modelo oficial anexo nº 3)[19].

D) Inicio del proceso: El proceso electoral, se inicia en el momento de la constitución de la Mesa electoral, fecha que es determinada por los propios promotores en la comunicación del preaviso. En todo caso, el proceso electoral, no podrá iniciarse antes de transcurrido un mes ni más allá de tres meses, computados

---

[15] Arts. 6 y 7 LOLS. La reserva de derecho a promover la celebración de elecciones en favor de los sindicatos más representativos no lesiona el artículo 28.1 de la Constitución española.

[16] En este aspecto se considera que existe una clara reserva por ley, a la decisión mayoritaria de los trabajadores en empresas entre 6 y 10 trabajadores. Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 15 de Valencia, de 25–10–01.

[17] Art. 67 ET. Arts. 1 y 2 RD 1844/1994.

[18] Art. 67.2 ET. Art. 2.5 RD 1844/1994.

[19] Art. 67.1 ET. Art. 2.1 RD 1844/1994.

desde el registro de la comunicación (preaviso) en la oficina pública dependiente de la Autoridad laboral[20].

E) Mesa electoral:

a) **Competencias–Composición**: corresponde a la Mesa o Mesas electorales, en su caso, hacer público entre los trabajadores, el censo laboral con indicación de quiénes son los electores, fijar la fecha de votación, vigilar el proceso electoral, presidir la votación, realizar el escrutinio, atribuir los resultados y resolver las reclamaciones que se presenten, y a tal efecto, levantar el acta global del proceso electoral y presentarlo en la oficina pública correspondiente. Las Mesas electorales, se componen de los siguientes miembros: el trabajador más antiguo, que actuará como **Presidente**, el elector de mayor edad, que actuará como **Vocal** y el elector de menor edad, que actuará como **Secretario**. De ser necesaria la constitución de varias Mesas electorales, se designarán respectivamente los miembros de cada colegio que reúnan las condiciones para formar parte de la misma. En todas las Mesas se designarán suplentes a los trabajadores que sigan a los titulares de la Mesa en el orden de antigüedad o edad en el mismo colegio. Los acuerdos de la Mesa electoral, se adoptarán por mayoría de votos[21].

   La condición de miembro de Mesa electoral es irrenunciable, y sólo en casos de imposibilidad manifiesta del ejercicio de las funciones o cuando concurra la condición de candidato se permite la sustitución por los suplentes. Las candidaturas que se presenten a las elecciones pueden designar, si lo desean, un interventor por Mesa. Por su parte, el empresario podrá designar a un representante suyo que asista a la votación y escrutinio.

b) **Constitución**: la Mesa electoral debe constituirse mediante acta otorgada al efecto (conforme modelo oficial, anexos 4.1 y 4.2), en la fecha fijada por los promotores en su comunicación o preaviso. Debe constituirse una Mesa electoral en los centros de trabajo con menos de 50 trabajadores y colegio único y en los demás centros, una en cada colegio por cada 250 trabajadores o fracción. Es posible (desde mi punto de vista muy recomendable por evidentes razones prácticas) constituir una Mesa electoral central, cuando existan varias Mesas y sus miembros acuerden por mayoría dicha constitución, con las facultades y funciones que se especifiquen en el referido acuerdo y acta de constitución[22]. Como experiencia personal en Caixanova, habitualmente se ha llevado a cabo un acto unitario de constitución de Mesas en la sede de servicios centrales, con asistencia de todos los componentes de las distintas Mesas electorales y los representantes de las distintas secciones sindicales (promovientes o

[20] Art. 74.1 ET.

[21] Arts. 73 y 74 ET. Art. 5 RD 1844/1994.

[22] Art. 73 ET. Art. 5 RD 1844/1994.

no de las elecciones), permitiendo que a continuación del acto formal de constitución se proceda a su vez a la constitución de la referida Mesa electoral central[23].

En aquellos centros de trabajo, en los que los trabajadores no presten sus servicios en el mismo lugar con carácter habitual, el acto de la votación podrá efectuarse a través de una **Mesa electoral itinerante**, que se desplazará a todos los lugares de trabajo, durante el tiempo necesario, debiendo facilitar la empresa los medios de transporte adecuados para los componentes de la Mesa e interventores, y se hará cargo de todos los gastos que implique el proceso[24].

F) Plazos:

Elecciones a Delegados de Personal:

En los centros de trabajo de hasta 30 trabajadores, en los que se elige a un solo delegado de personal, desde la constitución de la Mesa hasta los actos de votación y proclamación de candidatos electos han de transcurrir 24 horas (se debe considerar como período mínimo), debiendo en todo caso la Mesa hacer pública con la suficiente antelación la hora de la celebración de la votación. En estos mismos centros de trabajo, ha de tenerse en cuenta que entre la constitución de la Mesa y la fecha de la elección no debe mediar más de 10 días y que los plazos para cada acto deben ser fijados por la Mesa con criterios de razonabilidad y según lo aconsejen las circunstancias[25].

Elecciones a Comités de empresa:

Una vez constituida la Mesa electoral, y recibido el censo laboral que habrá de facilitarle el empresario (plazo máximo de 7 días desde la constitución), aquélla confeccionará la lista de electores. Esta lista se hará pública en los tablones de anuncios de la empresa o centro de trabajo, mediante su exposición durante un tiempo no inferior a 72 horas.

La Mesa resolverá cualquier incidencia o reclamación relativa a inclusiones, exclusiones o correcciones del censo, que se presenten hasta 24 horas después de haber finalizado el plazo de exposición de la lista. Publicará la lista definitiva dentro las 24 horas siguientes. A continuación la Mesa, o el conjunto de ellas, determinará el número de miembros del Comité que hayan de ser elegidos [ver punto e) del apartado 5.º anterior].

Las reclamaciones que se presenten por los interesados respecto al proceso electoral deben ser resueltas por la Mesa en el plazo de 24 horas siguientes. La reclamación contra el acuerdo de proclamación de candidatos, debe resolverse por la

---

[23] Deberá otorgarse la correspondiente acta en la que conste no sólo la constitución, sino la designación de los componentes de la Mesa (5) y las funciones que se encomienden a la misma.

[24] Art. 7 RD 1844/1994.

[25] Art. 74.2 ET.

Mesa en el día hábil posterior[26].

G) Electores y elegibles:

Podrán ser electores todos los trabajadores mayores de 16 años, con una antigüedad en la empresa de al menos 1 mes. Esta condición alcanza igualmente a los trabajadores extranjeros y a los que estén vinculados a la empresa como fijos discontinuos, así como a los que lo estén mediante contrato de duración determinada. Los requisitos para ser elector deberán cumplirse en el momento de la votación. Sin embargo, tal condición se acredita con su inclusión en la lista definitiva de electores publicada por la Mesa. Se excluye de la condición de elector al personal de alta dirección[27].

Podrán ser elegibles, los trabajadores mayores de 18 años cumplidos y una antigüedad en la empresa de, al menos, 6 meses. También son elegibles los trabajadores extranjeros que reúnan los requisitos comunes al resto de la plantilla. El personal de alta dirección no tiene la condición de elegible. Los requisitos para ser elegible, deberán cumplirse en el momento de la presentación de las candidaturas[28] [29].

En relación con el personal de alta dirección, la normativa establece que tendrán esa condición aquellas personas que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad[30].

H) Presentación y proclamación de candidaturas:

Pueden presentar candidatos: 1) Los sindicatos legalmente establecidos o las coaliciones formadas por dos o más de ellos, que deben tener una denominación concreta. 2) Los trabajadores que avalen su candidatura con un número de firmas de electores de su mismo centro y colegio, en su caso, equivalente al menos a tres veces el número de puestos a cubrir. Para la presentación de candidaturas, habrá de utilizarse igualmente el modelo oficial (anexo nº 5)[31].

En las candidaturas para Delegados de Personal es posible presentar menos candidatos que puestos a elegir, en cuyo caso, se celebrará la elección para la cobertura de los puestos correspondientes, quedando el resto vacantes. Las candidaturas para miembros de Comité de empresa deben contener como mínimo

---

[26] Art. 74.3 ET.

[27] Art. 69.2 ET. Art. 16 RD 1382/1985.

[28] Art. 69.2 ET.

[29] Art. 6.5 RD 1844/94.

[30] Art. 1.2 RD 1382/1985.

[31] Art. 8.1 RD 1844/1994.

tantos candidatos como puestos a cubrir, si bien la renuncia de alguno de ellos antes de la fecha de votación no implicará la suspensión del proceso electoral, ni la anulación de la candidatura, siempre que la lista afectada permanezca con un número de candidatos de, al menos, el 60 por 100 de los puestos a cubrir[32].

a) **Elecciones para Delegados de Personal**:

En las elecciones para Delegados de Personal, se confeccionan listas únicas de candidatos, con identificación del sindicato, o coalición de éstos, o grupos de trabajadores que los presenten, ordenados alfabéticamente, con expresión de las siglas del sindicato, coalición electoral o grupo de trabajadores que los presenten.

b) **Elecciones para Comités de empresa**:

En las elecciones para Comités de empresa las candidaturas por cada colegio[33] se presentarán ante la Mesa electoral, dentro de los 9 días siguientes a la publicación definitiva de la lista de electores. Deben contener, además de las siglas del sindicato, o sindicatos coaligados, o grupo de trabajadores que la presentan, un número de candidatos igual, al menos, a los puestos a cubrir.

La Mesa, transcurridos 2 días hábiles después de la presentación de candidatos, debe proceder a la publicación de las candidaturas. Contra la publicación, se puede reclamar dentro del siguiente día hábil, resolviendo la Mesa, en el posterior día hábil, acordando la proclamación definitiva de candidaturas. La Mesa, hasta la proclamación definitiva de los candidatos, podrá requerir la subsanación de los defectos observados o la ratificación de los candidatos, que deberá efectuarse por los propios interesados ante la Mesa electoral.

Entre la proclamación definitiva de candidatos y la votación, mediarán al menos 5 días.

I) Campaña electoral:

Proclamados los candidatos definitivamente, los promotores de las elecciones, los presentadores de candidatos, y los propios candidatos podrán efectuar, desde el mismo día de tal proclamación y hasta las cero horas del día anterior al señalado para la votación, la propaganda electoral que consideren oportuna, siempre y cuando no altere la prestación normal del trabajo[34].

J) Votación, escrutinio y proclamación de resultados:

El acto de la votación se efectuará en el centro o lugar de trabajo, y dentro de la jornada laboral. El empresario facilitará los medios precisos para el normal

---

[32] Art. 8.2 y 8.3 RD 1844/1994.

[33] Art. 9.3 RD 1844/1994 (Ver Título IV, relativo a la constitución de colegio único).

[34] Art. 8.4 RD 1844/1994 (Ver último inciso del apartado H anterior).

desarrollo de la votación durante todo el proceso electoral[35].

La fecha de la votación se fijará por la Mesa electoral, la cual también presidirá el acto de la votación. Igualmente, la Mesa electoral fijará el horario en que deben permanecer abiertos los colegios electorales, y en todo caso deberá tener en cuenta los horarios especiales o el régimen de turnos a los efectos de facilitar el voto a todos los trabajadores. Sólo por causa de fuerza mayor podrá suspenderse el acto de la votación, bajo la responsabilidad y decisión de la Mesa electoral.

Los Delegados de Personal y los miembros del Comité de empresa se eligen por todos los trabajadores mediante sufragio, personal, directo, libre y secreto. El derecho a votar se acredita por la inclusión en la lista de electores publicada por la Mesa y por la justificación de la identidad del elector. Cada elector podrá dar su voto a una sola de las listas presentadas que correspondan a su colegio, para el supuesto de elecciones a miembros del Comité de empresa, o señalar hasta el máximo de candidatos igual al número de puestos a cubrir, para el caso de elecciones a Delegados de Personal[36].

Voto por correo: los electores que deseen votar por correo deberán comunicar su intención a la Mesa electoral correspondiente, desde el día siguiente a la convocatoria electoral hasta 5 días antes de la fecha de la votación. La comunicación se formaliza a través de las oficinas de correos, acreditando debidamente la personalidad (es posible no obstante que la comunicación la formalice otra persona debidamente autorizada). La Mesa, una vez recibida la comunicación y comprobada su condición de elector, remitirá al trabajador las papeletas y el sobre donde debe introducir su voto. El trabajador una vez elegida la papeleta, deberá remitirla a la Mesa electoral, junto a su fotocopia del DNI, en un sobre de mayores dimensiones, por correo certificado, antes de la fecha de votación.

Concluida la votación, y antes de comenzar el escrutinio, el Presidente de la Mesa procederá a abrir los sobres de los votos por correo que hasta ese momento ha custodiado el Secretario, procederá a comprobar la identidad del elector e introducirá la papeleta en la urna. Aquellos votos por correo que se reciban una vez finalizada la votación no se computarán, ni se tendrá en cuenta como votante al elector[37].

Escrutinio:Inmediatamente después de celebrada la votación, la Mesa o Mesas, en su caso, comenzarán públicamente al recuento de votos, que el Presidente deberá hacer en voz alta. El resultado del indicado recuento y escrutinio deberá reflejarse en las actas correspondientes, conforme a los modelos o impresos oficiales.

Atribución de resultados[38]:Elecciones a Delegados de Personal: al tratarse de listas abiertas, se otorgarán los puestos a aquellos candidatos que hayan obtenido el mayor número de votos válidos. En caso de empate, resultará elegido el trabajador

---

[35] Art. 75.1 ET.

[36] Arts. 70, 71 y 75 ET.

[37] Art. 10 RD 1844/1994.

[38] Art. 12 RD 1844/1994.

de mayor antigüedad en la empresa.

Elecciones a Comité de empresa: en primer lugar, se descartarán aquellas candidaturas que no hubieran obtenido al menos el 5 por 100 de los votos válidos. En segundo lugar, se otorgará a cada candidatura el número de representantes que ha obtenido, dividiendo el número de votos válidos por el total de puestos a cubrir. A los efectos del cómputo, no se tendrán en cuenta tampoco los votos en blanco ni los votos nulos. Si hubiera empate de votos, o de enteros o restos para la atribución del último puesto a cubrir, resultará elegido el candidato de mayor antigüedad en la empresa. De resultar puestos sobrantes, se atribuirán a aquellas candidaturas que tengan un mayor resto de votos. Al tratarse de listas cerradas, resultarán elegidos los candidatos por el orden en que aparezcan en las respectivas candidaturas.

Los resultados electorales se atribuirán del siguiente modo: a) Al Sindicato, cuando haya presentado candidatos con la denominación legal o siglas. b) Al grupo de trabajadores, si la presentación de candidaturas se hubiera hecho por éstos. c) A la coalición electoral, cuando la presentación de candidatos se haya hecho por dos o más sindicatos distintos. d) Al apartado "no consta", cuando exista falta de precisión de quién sea el presentador de candidatos o la participación se haya hecho por siglas o denominación no reconocida en el Depósito de Estatuto de Organizaciones Profesionales, o bien individualmente o en coalición con otras siglas reconocidas (estando prevista la posibilidad de subsanación conforme se determina en el propio Reglamento, en la práctica esta atribución no debiera tener incidencia).

Acta de la votación: del resultado del escrutinio se levantará acta en el modelo oficial (anexos nº 6.1, 6.2, 6.3, 6.4, 6.5 y 6.6), en la que deberán incluirse las incidencias y protestas habidas en su caso. Una vez redactada el acta, deberá ser firmada por los componentes de la Mesa, interventores y el representante de la empresa si lo hubiera. A continuación las Mesas electorales, para el supuesto de que haya más de una, en reunión conjunta, extenderán el acta del resultado general de la votación (anexos nº 6.7, 6.8, 6.9, 6.10 y 6.11). El Presidente de la Mesa extenderá, a petición de los interventores acreditados en la misma, certificación donde figure la fecha de votación y resultados producidos (anexo nº 7).

K) Oficina pública de Registro, Depósito y Publicidad[39]:

El original del acta, junto con las papeletas de votos nulos o impugnados por los interventores y el acta de constitución de la Mesa, se presentarán en el plazo de 3 días hábiles siguientes al de la votación en la oficina pública correspondiente, dependiente de la Autoridad laboral[40], por el Presidente de la Mesa, quien podrá delegar por escrito en algún otro miembro de ella. La oficina pública, en el día inmediato hábil (conforme al Reglamento dentro de las 24 horas siguientes), debe cumplimentar los datos del acta que a ella le competen y proceder a la publicación en los tablones de anuncios de una copia del acta, entregando copia a los sindicatos que

[39] Art. 75.6 y 75.7 ET.

[40] En el ámbito de cada Comunidad Autónoma deberá constatarse la asunción o no de competencias en esta materia.

lo soliciten y comunicando a la empresa afectada por el proceso electoral que ha sido presentada en dicha oficina el acta, así como la fecha en que finaliza el plazo para su impugnación. La referida oficina pública mantendrá en depósito las papeletas, hasta cumplirse los plazos de impugnación.

La oficina pública, transcurridos diez días hábiles desde su publicación en el tablón de anuncios, procederá o no al registro de las actas electorales. La denegación del registro se podrá realizar cuando:

a) Las actas no vayan extendidas en el modelo oficial.

b) No hubiera comunicación previa de promoción de elecciones (preaviso) en la oficina pública.

c) Falta de firma del Presidente.

d) Omisión o ilegibilidad en las actas de alguno de los datos que impida el cómputo electoral.

En el primer supuesto, no cabrá requerimiento de subsanación por lo que comprobado ese extremo, la oficina pública procederá sin más a la denegación del registro. En los demás supuestos, la oficina pública procederá a requerir, dentro del siguiente día hábil, al Presidente de la Mesa para que en el plazo de 10 días hábiles, proceda a la subsanación que corresponda. Efectuada la subsanación, por la oficina pública se procederá al registro del acta. Si transcurrido el plazo, no se ha efectuado la subsanación, o no se ha realizado en forma, la oficina pública en el plazo de 10 días hábiles procederá a denegar el registro.

TÍTULO VII.– Reclamaciones electorales[41]:

Las reclamaciones e impugnaciones en materia electoral (se exceptúan las denegaciones de inscripción, cuyas reclamaciones pueden plantearse directamente ante la jurisdicción social), se tramitarán conforme al procedimiento arbitral y normas que a continuación se señalan:

1) Supuestos de impugnación: a) La elección. b) Las decisiones que adopte la Mesa. c) Cualquier otra actuación de la Mesa a lo largo del proceso electoral.

La impugnación de actos de la Mesa electoral requiere necesariamente haber efectuado reclamación dentro del día laborable siguiente al acto, y debe ser resuelta por la Mesa en el posterior día hábil, salvo lo previsto para el caso de elecciones de centros de hasta 30 trabajadores. En el caso de que la Mesa no resuelva la reclamación dentro del plazo señalado se entenderá que se ha desestimado, por la consideración de acto presunto de carácter desestimatorio.

2) Causas de impugnación: a) Existencia de vicios graves que puedan afectar a las garantías del proceso electoral y que alteren el resultado. b) Falta de capacidad o legitimidad de los candidatos elegidos. c) Discordancia entre el acta y el

[41] Art. 76 ET. Arts. 28 a 30, ambos inclusive, RD 1844/1994.

desarrollo del proceso electoral. d) Falta de correlación entre el número de trabajadores que figuran en el acta de elecciones y el número de representantes elegidos.

3) Legitimación: las impugnaciones se pueden efectuar por todos los que tengan interés legítimo, incluida la empresa, cuando en ella concurra dicho interés.

4) Procedimiento:

4.1.– Tramitación arbitral[42]: el procedimiento arbitral, se inicia mediante escrito de quien cuente con interés legítimo, dirigido a: la oficina pública dependiente de la Autoridad laboral, a quien promovió las elecciones y, en su caso, a quienes hayan presentado candidatos a las elecciones objeto de impugnación.

En el escrito referido deberá figurar la oficina pública competente, la identificación y domicilio del reclamante, las partes afectadas, los hechos que se tratan de impugnar, la acreditación de la reclamación previa ante la Mesa, la solicitud de acogimiento al proceso arbitral, lugar, fecha y firma del promotor de la reclamación[43].

El escrito deberá presentarse en el plazo de 3 días hábiles, contados desde el siguiente a aquél en que se hubieran producido los hechos o resuelto (expresa o por silencio) la reclamación por la Mesa. Si las impugnaciones son promovidas por sindicatos que no hubieran presentado candidaturas en el centro de trabajo, los 3 días se computan desde el día en que se conozca el hecho impugnable. Si se impugnan actos del día de la votación o posteriores al mismo, el plazo es de 10 días contados a partir de la entrada de las actas en la oficina pública.

La oficina pública dará traslado del escrito al árbitro en el día hábil posterior a su recepción, así como de una copia del expediente electoral administrativo[44].

En el supuesto de que se hubiera presentado acta electoral para su registro, en relación con el proceso objeto de impugnación, se suspenderá la tramitación.

En el plazo de las 24 horas siguientes, el árbitro deberá convocar a las partes interesadas a una comparecencia ante él, lo que ha de tener lugar en los 3 días hábiles siguientes.

Las partes, de común acuerdo, podrán antes de la comparecencia designar otro

---

[42] Arts. 36 a 42, ambos inclusive, RD 1844/1994. En relación con el procedimiento arbitral, vid., IGARTUA MIRÓ, M.ª T., "El nuevo procedimiento de Reclamación en Materia Laboral–Arbitraje Laboral", en *Actualidad Laboral*, 1997; BAZ TEJEDA, J. A., "El arbitraje electoral: determinación del procedimiento de impugnación de los actos electorales lesivos de derechos fundamentales", en *Actualidad Laboral*, 1999.

[43] Los actos impugnables son las elecciones y los actos de la Mesa; el preaviso de elecciones está excluido del proceso arbitral, por lo que no puede quedar afectado por un laudo. Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Castellón de 06–03–00. No es pacífica sin embargo esta cuestión, y así algunos árbitros tienen sentado el criterio, basado en alguna doctrina judicial, que el preaviso constituye un primer acto electoral y por lo tanto como tal es impugnable (laudo 41/02 del árbitro de Pontevedra de 20–9–02).

[44] En relación con la designación de los árbitros, arts. 31 a 35, ambos inclusive, RD 1844/1994.

árbitro distinto. La designación habrá de comunicarse a la oficina pública, para que ésta a su vez le traslade al árbitro designado, el expediente administrativo electoral y la documentación de la reclamación, para que continúe con el procedimiento.

Las pruebas que procedan y sean conformes a derecho, se practicarán por el árbitro, bien de oficio, o bien a instancia de parte.

Laudo arbitral: La resolución en derecho, dictada por el árbitro, para resolver la reclamación/impugnación, se denomina laudo arbitral. Deberá dictarse dentro del plazo de los 3 días hábiles siguientes a la comparecencia, mediante escrito razonado. La resolución deberá ser notificada a los interesados y a la oficina pública.

En el supuesto de que se hubiera impugnado la votación y el laudo arbitral deviniera firme, por no ser objeto de impugnación ante la jurisdicción social, la oficina pública debe proceder al registro del acta o a su denegación, conforme al contenido del referido laudo.

El laudo debe contener: a) Identificación del árbitro y partes. b) La petición concreta que motiva la actuación arbitral. c) Las alegaciones formuladas por las partes y prueba practicadas. d) Las actuaciones llevadas a cabo y lugar en que se formalizaron. e) Razonamientos y motivaciones jurídicas. f) Decisión final.

4.2.– Tramitación jurisdiccional:

Los laudos arbitrales y las resoluciones administrativas que denieguen el registro de actas, pueden ser objeto de impugnación ante la jurisdicción social (Juzgados de lo Social). Será tribunal competente, en razón a la circunscripción, el del lugar donde esté situada la empresa o centro de trabajo o la Mesa electoral (sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de León, de 22–02–95).

Impugnación de los laudos[45]: la impugnación de los laudos arbitrales podrá formularse por quienes tengan interés legítimo (sindicatos, empresario, los componentes de candidaturas,...) en el plazo de 3 días (han de considerarse hábiles)[46] contados desde el que tuvieran conocimiento del mismo, y dirigirse contra las personas y sindicatos que fueron partes en el procedimiento arbitral (no tienen la consideración de demandados, los Comités de empresa, Delegados de Personal o la Mesa electoral).

La impugnación deberá fundarse en:

a) Existencia de vicios graves en el procedimiento que puedan afectar a las garantías del proceso y que alteren su resultado, en falta de capacidad o legitimidad de los candidatos elegidos, en discordancias entre el acta y la realidad del proceso electoral y falta de correlación entre el número de trabajadores que figuran en el acta (lógicamente este dato o información derivará, a su vez, del contenido que figure en los censos elaborados por

[45] Arts. 127 a 132, ambos inclusive, LPL.

[46] En aplicación de lo dispuesto en los artículos 43 LPL y 130 LEC.

la empresa y aprobados y publicados por la Mesa electoral), y el número de representantes elegidos.

b) Haber resuelto el laudo cuestiones no sometidas al arbitraje o que, de haberlo sido, no puedan ser objeto del mismo.

c) Promover el arbitraje incumpliendo los plazos previstos (a tal efecto, debe estimarse que dichos plazos operan como si se tratara de plazos de caducidad).

d) No haber concedido el árbitro a las partes la oportunidad de ser oídas (trámite de comparecencia) o de presentar pruebas.

El proceso se tramita con carácter de urgencia con las características que a continuación se indican:

a) Admitida la demanda, el juez requerirá de la oficina pública la siguiente documentación, a saber: texto del laudo y copia el expediente administrativo relativo al proceso electoral.

b) El acto del juicio debe celebrarse dentro de los 5 días siguientes a la admisión de la demanda.

c) La tramitación y substanciación de este proceso no suspende el desarrollo del proceso electoral (para el supuesto de que no haya concluido), salvo que así se acuerde motivadamente por el juez, a petición de parte, por concurrir causa justa o grave perjuicio.

d) La sentencia que se dicte por el Juzgado de lo Social no puede ser objeto de recurso, ha de dictarse en el plazo de 3 días, y debe ser notificada a las partes y a la oficina pública[47].

Impugnación de la resolución administrativa que deniegue el registro[48]: La denegación por parte de la oficina pública del registro de las actas relativas a las elecciones se puede impugnar igualmente ante el Juzgado de lo Social que por competencia territorial corresponda. La demanda se dirigirá contra la oficina pública y también contra quienes hayan presentado candidatos a las elecciones. El plazo para el ejercicio de la acción es de 10 días (han de entenderse hábiles) contados a partir de aquél en que se reciba la notificación.

El proceso se tramitará igualmente con carácter urgente. En este orden de cosas, el juez requerirá, dentro de las 48 horas siguientes a la admisión de la demanda, a la oficina pública la remisión del expediente, expediente que deberá remitirse al juzgado en el plazo de 2 días. El acto del juicio habrá de celebrarse en el plazo de 5 días siguientes a la recepción del expediente y la sentencia en el plazo de 3 días, debiendo notificarse a la oficina pública y a las partes. Si se estimase la demanda, la oficina pública deberá proceder de inmediato al registro del acta

[47] Respecto a la irrecurribilidad, sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 25–04–95.

[48] Arts. 133 a 136, ambos inclusive, LPL.

electoral.

TÍTULO VIII.– Adecuación de la representatividad[49]:

En el caso de que en un centro de trabajo se produzca un aumento de la plantilla por cualquier causa, y cuando ello implique la adecuación de representantes de los trabajadores, con arreglo a las escalas previstas en la norma (ver Título V, anterior), se podrá promover elección parcial para cubrir los puestos vacantes derivados de la nueva situación. El mandato de los representantes elegidos finalizará al mismo tiempo que el de los otros ya existentes en el centro de trabajo.

En el supuesto de disminución de plantilla, los Convenios colectivos podrán prever lo necesario para acomodar la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla que puedan tener lugar en la empresa. En su defecto, la acomodación, deberá realizarse por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En estos supuestos, en la comunicación que necesariamente habrá de dirigirse a la oficina pública, en el plazo de 10 días hábiles siguientes, deberá expresarse la fecha de publicación del Convenio colectivo aplicable, o remitirse el propio Convenio, o en su caso el original o copia compulsada del acuerdo suscrito entre empresario y los representantes de los trabajadores, debiendo en todo caso guardarse la debida proporcionalidad entre los colegios electorales, candidaturas y candidatos electos.

TÍTULO IX.– Sustituciones, dimisiones y revocaciones[50]:

La duración del mandato de los Delegados de Personal y de los miembros del Comité de empresa será de cuatro años, entendiéndose que se mantendrán en sus funciones en el ejercicio de sus competencias y garantías, hasta tanto no se hubiesen promovido nuevas elecciones (la norma está contemplando la prórroga del mandato por el tiempo necesario, a fin de evitar un vacío en la representación de los trabajadores).

Los Delegados de Personal y los miembros del Comité de empresa, durante su mandato, podrán ser revocados únicamente por decisión de los trabajadores que los hayan elegido, mediante asamblea convocada al efecto, a instancia de un tercio como mínimo de sus electores y por mayoría absoluta de éstos, mediante sufragio personal, libre, directo y secreto. Esta revocación no podrá efectuarse durante la tramitación de un convenio colectivo, ni replantearse hasta transcurridos por los menos, 6 meses.

En el caso de producirse vacante por cualquier causa en los Comités de empresa, aquélla se cubrirá, automáticamente, por el trabajador siguiente de la misma lista a la que pertenezca el sustituido. Cuando la vacante se refiere a los Delegados de Personal, se cubrirá automáticamente por el trabajador que hubiera obtenido en la votación un número de votos inmediatamente inferior al último de los elegidos. El sustituto lo será por el tiempo que reste de mandato.

---

[49] Art. 13 RD 1844/1994. Art. 67.1 ET.

[50] Art. 67.3 y 67.4 ET. Art. 14 RD 1844/1994.

Las sustituciones, revocaciones, dimisiones y extinciones del mandato, se comunicarán a la oficina pública y al empresario, publicándose asimismo en el tablón de anuncios de la empresa o centro de trabajo, en el plazo de diez días hábiles siguientes a la fecha en que se produzcan dichas circunstancias, por los Delegados de Personal que permanezcan en el desempeño de sus funciones o por el Comité de empresa, conforme al modelo oficial. La norma, no contempla el supuesto en que exista un sólo Delegado de Personal, o por ejemplo se produzca la dimisión o revocación de todo el Comité de empresa, en cuyo caso, no se establece quién deba efectuar la comunicación. A este respecto, me inclino por recomendar que dicha comunicación sea realizada por las mismas personas que hayan cesado en el cargo y, en su defecto, por la propia empresa (acompañando la documentación precisa, por ejemplo, la carta de dimisión, el acta de la asamblea, etc.).

ÍNDICE DE REFERENCIAS–DISPOSICIONES LEGALES:

* CE: Constitución española de 27 de diciembre de 1978 (*BOE* núm. 311, de 29 de diciembre).

* ET: Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (*BOE* núm. 75, de 28 de marzo).

* RD : Real Decreto 1844/1994, de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Elecciones a Órganos de Representación de los Trabajadores en la empresa (*BOE* núm. 219, de 13 de septiembre).

* LOLS: Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (*BOE* núm. 189, de 8 de agosto).

* LPL: Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Procedimiento Laboral (*BOE* núm. 86, de 11 de abril).

* RD: Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la Relación Laboral de Carácter especial del personal de Alta Dirección (*BOE* núm. 192, de 12 de agosto).

* LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (*BOE* núm. 7, de 8 de enero).

ANÁLISIS SOBRE MEDIDAS LEGISLATIVAS PARA INCENTIVAR LA CONSTRUCCIÓN DE BUQUES

D. Gonzalo Velasco Pazos
Abogado

A) INTRODUCCIÓN.- PROBLEMÁTICA ACTUAL:

I

Uno de los sectores económicos de producción de los países de la Comunidad Europea que no se distingue en la actualidad por atravesar una boyante situación es, sin duda alguna, el sector de la construcción naval civil.

La Unión Europea, como en tantos otros sectores, sigue en relación con el mismo una filosofía de liberalización, reflejada en el principio de la libre competencia, filosofía que no se ve correspondida en absoluto por la que practican el resto de los países, entre los que destacan sobremanera los países asiáticos, que mantienen un mercado interno fuertemente cerrado y subvencionado, circunstancia que se manifiesta en países como Japón, en menor medida China, pero muy especialmente en Corea del Sur.

Nos estamos refiriendo a la práctica sobradamente conocida en el sector denominada "dumping", esto es, las ventas de buques por debajo del coste de construcción, gracias a las ayudas, transparentes o, en la mayor parte de los casos, encubiertas del Estado, que les está permitiendo vender buques por debajo de su coste de construcción y, en consecuencia, adquirir progresivamente cuotas de mercado muy significativas. Tal práctica atenta claramente contra la libre competencia, toda vez que permite a los astilleros coreanos ofrecer precios extremadamente competitivos, imposibles de asumir por los países de la Comunidad Europea, cuyo principio general en todos los sectores de la actividad económica, como ya ha sido dicho, es el de la libre competencia en función de los recursos y capacidad de cada agente económico.

Baste de ejemplo de lo arriba expuesto el hecho de que, según los datos del año 2001, Japón absorbe un 33 por 100 del mercado mundial de producción de

buques, Corea mantiene una cuota del 30 por 100, y China pasó del 7 por 100 en 2000 a un 11 por 100. Europa, por el contrario, se mantiene en un escaso 13 por 100.

Algunos países occidentales, no por el momento los europeos, no han dudado a la hora de tomar medidas que protejan sus intereses frente al dumping. Por poner un ejemplo, Estados Unidos conserva su extenso tráfico marítimo doméstico cerrado a todo buque que no ha sido construido en sus astilleros (no hablemos ya de los militares, que no son objeto de este análisis).

La solvencia y autoridad de los americanos a la hora de defender al sector naval del dumping choca con la hasta ahora inoperancia y, por que no decirlo así, incompetencia de Bruselas. Como resumía recientemente algún representante del sector naval español *"Bruselas habla mucho y navega poco"*, pues por el momento se ha limitado a efectuar serias y contundentes advertencias, sobre todo a los coreanos, que no han tenido efecto alguno, eludiéndose la toma de medidas reales y eficaces que protejan a Europa de tal práctica e impulsen definitivamente la producción de buques.

Esta situación crítica del sector de construcción no podía menos que afectar a un país como España, tradicionalmente productor en este campo, que está viendo amenazada su posición, y que hasta podría ver amenazada la propia supervivencia del sector naval.

II

En principio, la forma de adquisición de buques generalizada y tradicional en España se efectúa mediante un contrato de construcción de buques, calificado tradicionalmente por la doctrina como contrato de suministro de obra (una modalidad del genérico contrato de arrendamiento de obra).

En virtud del mismo, un naviero o armador encarga a un determinado astillero la construcción de un buque, por ajuste o a tanto alzado.

Los pagos del contrato se efectuarán normalmente fraccionados, a medida que se van completando hitos o fases de construcción (así, una cantidad inicial a la firma del contrato, otra cuando se coloque el primer bloque sobre la grada, otra a la botadura y entrega, etc.).

La financiación de la adquisición del buque se realiza parte mediante fondos propios del naviero o armador, y el resto, la mayor parte, con operaciones crediticias (préstamos, habitualmente) que le concederán, dependiendo del volumen de financiación, una o varias entidades financieras de forma sindicada.

Tal financiación se asegurará habitualmente por las entidades con garantía hipotecaria naval, para cuya constitución es precisa, de acuerdo con nuestra legislación, que se haya efectuado como mínimo un tercio de la obra.

Asimismo, para garantizar al armador los pagos efectuados durante los distintos hitos de construcción del buque si éste no llegare a entregarse por causas imputables al astillero, éste aportará las denominadas garantías de reembolso, en definitiva avales bancarios que garantizan la devolución de dichos pagos si se

produjese alguno de los supuestos que en tales avales se prevén. Los derechos de cobro de tales avales usualmente estarán cedidos a las entidades que hayan financiado al armador los pagos durante el contrato de construcción.

III

Éste, que sería el esquema habitual y tradicional de construcción y financiación de buques, no soluciona hoy en día, en modo alguno, el problema enunciado en la exposición de este trabajo: la incapacidad para ofrecer precios competitivos en comparación con los ofrecidos por los países orientales. Se obtiene financiación para la construcción, pero el precio del buque a satisfacer, y, por tanto, a pagar, no podrá competir en modo alguno con los que se derivan de la práctica del dumping.

IV

Sentados estos antecedentes, se trata ahora de analizar cuáles son las posibilidades que la legislación española ofrece a astilleros y navieros, españoles o comunitarios, para adquirir y mantener buques en condiciones lo más competitivas posibles, lo que casi siempre se efectúa mediante incentivos fiscales de los que podrán disfrutar navieros y armadores, rentabilizando al máximo el coste en que hayan incurrido para su adquisición.

Asimismo, se analizarán en su caso las posibilidades de financiación que las entidades financieras pueden ofrecerles o les puedan ofrecer en el futuro de conformidad con tal legislación.

Previamente a tal análisis, hemos de indicar que al descrito problema y a la búsqueda de posibles soluciones, no podía permanecer indiferente una entidad tradicionalmente implicada y comprometida con el sector de construcción naval como CAIXANOVA, tanto por tener la ciudad donde su ubica su sede central, Vigo, uno de los puertos más importantes de España, como por la existencia en la ría de Vigo de varios e importantes astilleros.

B) MEDIDAS LEGISLATIVAS:

1.– REAL DECRETO 442/1994, de 11 de marzo de 1994, SOBRE PRIMAS Y FINANCIACIÓN A LA CONSTRUCCIÓN NAVAL (Anexo I).

Este Real Decreto plantea ya en la lejana fecha en que se promulga la necesidad de paliar la evolución negativa de la contratación de buques que se reflejaba en los astilleros de la Unión Europea desde 1992, y ya indicaba que tal evolución había tenido una incidencia más grave en España, debido primordialmente a la casi total paralización de la demanda interna, tanto en el sector de marina mercante como en el de pesca.

Esta disposición fue objeto de modificación por varias posteriores, siendo la última de ellas el Real Decreto 3452/2000, de 22 de diciembre, en el que se indicaba que la situación de la construcción naval en Europa se había deteriorado más aún como consecuencia de los precios desleales que habían venido ofreciendo terceros países, y en el que se aludía claramente a la República de Corea del Sur.

Lo que regula en definitiva el citado Real Decreto es la concesión de determinadas ayudas, denominadas con carácter general primas a la construcción naval, para paliar los negativos efectos expuestos en sus Expositivos, y cuyo ámbito objetivo, subjetivo y modalidades más importantes serían las siguientes:

a) Ámbito subjetivo.– Condiciones del sujeto beneficiario:

El sector de construcción naval, entendiéndose por tal las empresas de construcción naval autorizadas para la construcción de buques de casco metálico de más de 100 toneladas de registro bruto, y que se divide en dos subsectores:

- Grandes astilleros: aquellos que tenían inscripción administrativa para construir buques de más de 15.000 toneladas de registro bruto el 5 de octubre de 1987.

- Medianos y pequeños astilleros: el resto de empresas del Sector.

b) Ámbito objetivo.– Condiciones de los buques y naves:

Las ayudas reguladas podrán ser disfrutadas por las empresas definidas en el apartado anterior, para las siguientes construcciones y transformaciones:

b.1) Construcciones: artefactos navales (buques) de casco metálico, que cumplan la siguientes características:

- Buques mercantes para el transporte de pasajeros y/o mercancías de un arqueo bruto (GT) igual o superior a 100.

- Buques de pesca de un arqueo bruto (GT) igual o superior a 100.

- Dragas y otros buques para realizar trabajos en el mar de un arqueo bruto (GT) igual o superior a 100.

- Remolcadores de potencia igual o superior a 365 KW.

b.2) Transformaciones: aquellas que se realicen sobre los artefactos navales, definidos anteriormente, cuyo arqueo bruto (GT) sea igual o superior a 1000 después de la obra de transformación, siempre y cuando tales obras de transformación lleven consigo modificaciones sustanciales del casco, sistema de propulsión, sistema de carga o de las superestructuras de alojamiento de los pasajeros.

c) Modalidades:

Las dos modalidades de ayudas más importantes reguladas en el Real Decreto son:

c.1) Primas de funcionamiento: ayuda que se aplica a las nuevas construcciones o transformaciones según antes han sido definidas, calculada en términos de un porcentaje variable según el valor base de cada buque que determine la Gerencia del sector naval, y que podrán ser destinados a:

- Total o parcialmente al astillero, para reducir el precio del buque.

- Total o parcialmente a mejorar las condiciones de financiación de las construcciones.

- Total o parcialmente a proporcionar otro tipo de apoyos a la construcción o transformación de buques.

La proporción que sobre el total de la prima de funcionamiento se aplica a cada uno de los destinos indicados anteriormente se determina por el Ministerio de Industria y Energía a propuesta de la Gerencia del sector naval.

c.2) Sistemas de financiación: préstamos a armadores o terceros, para las construcciones y/o transformaciones que se han indicado anteriormente, y que tendrían las siguientes características:

- Importe: 80 por 100 de valor base del buque, determinado por la Gerencia del sector naval.

- Período máximo de amortización: doce años, ampliables excepcionalmente a catorce si el tipo de contratación justificadamente lo requiere, contados a partir de la fecha que se fije para la entrega de la construcción. De ellos, los dos primeros años, como máximo, podrán estar exentos de reembolso de capital.

- Tipo de interés: 8 por 100 neto, subvencionado durante toda la vida del préstamo, con cargo a los presupuestos del Ministerio, mediante la diferencia entre el tipo de interés de referencia a largo plazo de la entidad financiera concedente y el tipo de interés del crédito concedido, con el límite en la subvención de hasta 3 puntos porcentuales. El porcentaje de subvención a conceder, en su caso, será determinado por el Ministerio de Industria y Energía, a propuesta de la Gerencia del sector naval.

- Garantías: primordialmente con hipoteca naval, así como aquellas otras que estime oportunas la entidad concedente del crédito, de acuerdo con la solvencia del armador o naviero prestatario.

d) Condiciones previas a la concesión de las descritas ayudas:

Acreditación por las empresas de construcción naval solicitantes de la realización total de la obra sobre la que se conceden, así como a la presentación, aprobación y razonable cumplimiento de los programas individuales y conjuntos que hayan presentado ante la Dirección General de Industria, a través de la Gerencia del sector naval.

e) Incumplimiento:

El incumplimiento manifiesto e injustificado de los programas de actuación aprobados por Industria, así como la no presentación en el plazo establecido tanto de los informes periódicos que se requieren en la concesión como de las auditorías anuales que se exigen, podrá dar lugar a la inmediata suspensión del pago de las ayudas hasta tanto la empresa regularice la situación, que será decidida por la Dirección General de Industria a propuesta de la Gerencia del sector naval.

Si, suspendidas tales ayudas, la empresa afectada no regularizase los incumplimientos en que haya incurrido antes del plazo que a tal fin se le conceda, la suspensión tendrá carácter definitivo.

f) Vigencia actual:

Para concluir con el presente análisis del Decreto 442/1994, hay que señalar que las ayudas en él reguladas podrían en breve dejar de estar en vigor, posiblemente para el año 2003 si son, como se cree probable, desautorizadas por Bruselas.

2.– RÉGIMEN FISCAL DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL DECIMOQUINTA DE LA LEY 43/1995 DEL IMPUESTO DE SOCIEDADES.– TAX LEASE (Anexo II):

Esta norma de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, introducida por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, nació con la clara finalidad de fomentar la renovación de la flota mercante española, estableciendo unos importantes incentivos fiscales que facilitan en gran medida la construcción de nuevos buques, o incluso la mejora de buques usados en condiciones muy ventajosas para armadores y navieros.

a) Finalidad:

En síntesis, lo que permite esta norma es una amortización anual acelerada de buques adquiridos que cumplan los requisitos que a continuación se dirán, amortización que tendrá un límite: el 35 por 100 anual del precio de adquisición del buque (o, en su caso, del valor de la mejora que se efectúe en un buque usado).

En consecuencia, el sujeto pasivo, armador o naviero que adquiera un buque puede amortizarlo (difiriendo en consecuencia impuestos) en un máximo de plazo de 3 años, aplicando, por ejemplo, los dos primeros años un coeficiente de amortización del 35 por 100, y un 30 por 100 el último.

b) Requisitos objetivos: condiciones de los buques o artefactos navales.

Para que el sistema de amortización acelerada indicada pueda aplicarse, los buques o naves deben cumplir los siguientes requisitos:

b.1) Que se trate de buques, embarcaciones o artefactos navales nuevos, que sean puestos a disposición del comprador entre el 1 de enero de 1999 y el 31 de diciembre de 2003, o que hayan sido encargados en virtud de un contrato de construcción suscrito dentro dicho período, siempre que su puesta a disposición del adquirente sea anterior al 31 de diciembre de 2006.

También podrá aplicarse la norma a buques usados adquiridos después del 1 de enero de 1999, siempre que hayan sido objeto de mejoras por importe superior al 25 por 100 de su valor de adquisición y que se realicen antes del 31 de diciembre de 2003.

b.2) Que el buque, embarcación o artefacto naval sea inscribible en las listas primera, segunda o quinta del artículo 4.º1 del Real Decreto 1027/1089, de 28 de julio (Anexo II), sobre abanderamiento, matriculación y registro marítimo de buques,

es decir:

- Las plataformas de extracción de productos del subsuelo marino, los remolcadores de altura, los buques de apoyo y los dedicados al suministro a dichas plataformas que no estén registrados en otra lista (lista 1.ª).
- Los buques de construcción nacional o importados con arreglo a la legislación vigente, que se dediquen al transporte marítimo de pasajeros, de mercancías o de ambos (lista 2.ª).
- Los remolcadores, embarcaciones y artefactos navales dedicados a los servicios de puertos, radas y bahías (lista 5.ª).

El requisito exigido, como ha señalado la Dirección General de Tributos en respuesta a diversas consultas que se han efectuado, se entiende cumplido siempre que el buque o artefacto sea susceptible de inscripción en cualquiera de dichas listas, sin necesidad de que se proceda a su efectiva inscripción.

c) Requisitos subjetivos: Sujeto pasivo beneficiario:

Es requisito imprescindible para que el sujeto pasivo adquirente se beneficie del sistema de amortización acelerada que explote el buque, embarcación o artefacto mediante su afectación a su propia actividad, es decir, debe ser una persona física o jurídica que tenga como actividad habitual la explotación de tales buques, embarcaciones o artefactos.

También podrá explotar el buque mediante su arrendamiento a casco desnudo, siempre que el arrendatario sea una Agrupación de Interés Económico. Este supuesto, no obstante, será objeto de análisis en el apartado 4 de este trabajo.

d) Solicitud y concesión.

El beneficio fiscal descrito en los apartados anteriores será concedido, previa solicitud en tal sentido, por el Ministerio de Economía y Hacienda. Dichas solicitud y concesión deben efectuarse y obtenerse siempre previamente a la construcción o mejora del buque de que se trate.

A los efectos de su concesión, el Ministerio tendrá en cuenta de forma preferente que el proyecto presente un interés económico y social relevante desde el punto de vista del interés general, y deberá resolverlo en el plazo máximo de 3 meses desde la solicitud formulada, operando, en el supuesto de que transcurra dicho plazo sin resolución expresa sobre la misma, el silencio negativo.

e) Puesta en vigor del incentivo e incumplimiento:

Concedido el beneficio por el Ministerio, el sujeto pasivo podrá iniciar la amortización fiscal acelerada del buque o artefacto, por los coeficientes arriba indicados, con anterioridad a la puesta en funcionamiento o del inicio de la mejora del buque o embarcación, siempre con el límite de las cantidades efectivamente pagadas en cada ejercicio.

El incumplimiento por el sujeto pasivo, con posterioridad a la concesión del

beneficio, de los requisitos antedichos, ocasionará la pérdida de dicho beneficio y la consiguiente obligación de devolución de todas las cantidades de las que hubiese disfrutado con ocasión del mismo, además de las sanciones, intereses y recargos que le pueda imponer la Administración tributaria de conformidad con la legislación vigente.

f) Vigencia actual:

Para concluir con el presente análisis, hay que señalar que los beneficios fiscales derivados de la disposición adicional 15.ª quedarán próximamente sin efecto, si Bruselas, como se cree probable a pesar del tenor literal de dicha disposición, limita su aplicación a buques que se entreguen antes del 31 de diciembre de 2003, lo que supone una derogación de facto, toda vez que es prácticamente imposible, en noviembre de 2002, construir buques que se entreguen antes de aquella fecha.

3.– BENEFICIOS FISCALES DE LA NORMATIVA DEL RÉGIMEN ECONÓMICO Y FISCAL DE CANARIAS PARA EMPRESAS NAVIERAS:

Otro importante instrumento legislativo que tiene por claro objetivo posibilitar la competitividad de las empresas navieras españolas, a través de una serie de medidas, en este caso homologables a las existentes en países miembros de la Unión Europea, son los incentivos fiscales que pueden obtener dichas empresas a través de la inscripción de sus buques en un registro especial existente en las Islas Canarias (el Registro Especial de Buques y Empresas Navieras), regulado en el artículo 76.2 de la Ley 19/1994, de 6 de julio, de Modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias (Anexo III), en relación con el título VII del capítulo I de la Ley 19/1994 y en la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y Marina Mercante (Anexo III), en el que se establece la regulación de dicho registro.

a) Finalidad:

El citado artículo 76.2 de la Ley 19/1994 regula una bonificación del 90 por 100 de la porción de la cuota del impuesto de sociedades, correspondiente a la base imponible procedente de la explotación desarrollada por las empresas navieras que tengan buques inscritos en el precitado Registro Especial de Buques y Empresas Navieras de Canarias.

b) Requisitos subjetivos: sujeto pasivo beneficiario:

Debe ser una empresa naviera, entendiendo por tal la persona física o jurídica que, utilizando buques mercantiles propios o ajenos, se dedica a la explotación de los mismos, aun cuando ello no constituya su actividad principal, bajo cualquier modalidad admitida por los usos internacionales.

Las condiciones para que la empresa naviera tenga acceso al Registro Especial y, por tanto, a la bonificación fiscal indicada en el párrafo anterior, son:

b.1) Que se inscriba en el citado Registro Especial, para lo que debe tener en Canarias el centro efectivo de control de explotación de buques o, en el caso de tenerlo en el resto de España o en el extranjero, cuente con un establecimiento o

representación permanente en Canarias, a través del cual cumpla las obligaciones atribuidas por la legislación vigente, tanto fiscales como mercantiles.

b.2) Que sea propietaria de los buques que pretenda inscribir, o bien los explote mediante arrendamiento a casco desnudo u otro título que lleve aparejado el control de su gestión náutica y comercial.

c) Requisitos objetivos: condiciones de los buques:

c.1) No pueden inscribirse en el Registro Especial ni, por tanto, someterse a los beneficios fiscales del artículo 76.2 de la Ley 19/1994 cualesquiera clase de buques, sino los buques civiles utilizados para la navegación con un propósito mercantil, con excepción de los de pesca, construidos o en construcción, con arqueo mínimo (GT) de 100.

c.2) Los buques debían inicialmente estar destinados a la navegación exterior o extranacional. No obstante, actualmente se permite la navegación de cabotaje.

c.3) Deben justificar debidamente el cumplimiento de la normativa de seguridad establecida por las leyes españolas y todos aquellos convenios internacionales de los que España sea parte.

c.4) La dotación debe componerse de un mínimo de personas que determinará el Ministerio de Fomento, de las cuales el capitán y uno de los primeros oficiales deben ser españoles, y al menos un 50 por 100 de la tripulación restante de nacionalidad española o de la de algún otro estado miembro de la Comunidad Europea.

d) Efectos:

Como tiene señalado la Administración tributaria en diversas consultas, la bonificación del 90 por 100 prevista en el artículo 76.2 de la tantas veces citada Ley 19/1994 opera exclusivamente sobre la cuota positiva.

En consecuencia, la imputación de la bonificación sólo tendrá lugar en aquellos períodos impositivos en los que el sujeto beneficiario obtenga rentas positivas que fuesen susceptibles de determinar una cuota positiva, después de practicadas las deducciones que procedan, y no alcanzará en ningún caso a las rentas obtenidas de la transmisión del buque.

4.– Aplicación Combinada De Los Incentivos Fiscales Descritos En Los Apartados 2 Y 3 Anteriores:

Uno de los instrumentos más interesantes a los efectos de los objetivos analizados en el presente trabajo, esto es, la posibilidad de adquirir y mantener buques en las condiciones más competitivas posibles, es la aplicación combinada de los beneficios fiscales establecidos en la disposición adicional 15.ª de la Ley del Impuesto sobre Sociedades y los establecidos en el artículo 76.2 de la Ley 19/1994, de 6 de julio, de Modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias, analizados anteriormente.

En primer lugar, hemos de aclarar la primera duda que nos podría surgir con respecto a la cuestión indicada, cual sería la compatibilidad de aplicar ambas disposiciones a una empresa naviera o un mismo buque. Y en este sentido, podemos afirmar que diversas resoluciones de la Dirección General de Tributos no han dejado lugar a duda alguna sobre la posibilidad de que, cumpliendo los requisitos establecidos en ambas disposiciones, una empresa naviera pueda beneficiarse de ambos incentivos, sin que la utilización de uno excluya en modo alguno la aplicación del otro.

En consecuencia, una empresa naviera podrá amortizar aceleradamente uno o varios buques, conforme la disposición adicional 15.ª de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, y, en el momento en que obtenga bases imponibles positivas en el impuesto, aplicar la bonificación regulada en el citado artículo76.2 de la Ley 19/1994.

Por otra parte, hay que resaltar que es en esta aplicación combinada de ambos incentivos fiscales donde las entidades financieras pueden jugar, y realmente han jugado, un papel muy importante, facilitando, como ahora se verá, el traslado inmediato de las ventajas fiscales a las empresas navieras.

La tantas veces citada disposición adicional 15.ª de la Ley del Impuesto sobre Sociedades establece en su apartado c) que los beneficios fiscales por ella otorgados se disfrutan bien cuando el sujeto pasivo adquirente del buque explota el buque o nave mediante su afectación a su propia actividad, o bien cuando lo arrienda a casco desnudo, siempre que, en este supuesto, el arrendador sea una Agrupación Española o Europea de Interés Económico (AIE), y se den los siguiente requisitos y condiciones:

- Que el arrendatario sea una persona física o jurídica que tenga como actividad habitual la explotación del buque, y que afecte el elemento a dicha actividad.
- Que al menos el 75 por 100 de la ventaja fiscal obtenida se traslade al usuario (empresa naviera arrendataria).
- Que los socios de la entidad arrendadora (AIE) mantengan la participación en la misma durante al menos las dos terceras partes del plazo del contrato de arrendamiento.
- Que el precio de adquisición de la nave, el tipo de financiación utilizada y el importe del alquiler sean los normales de mercado entre las partes intervinientes.
- Que no exista vinculación entre arrendador (AIE) y arrendatario (empresa naviera).
- Que al menos el 20 por 100 de los recursos necesarios para financiar la adquisición de la nave procedan de fondos propios de la AIE.

Pues bien, es en aquellos supuestos en los que la empresa naviera necesita un inmediato reflejo de las ventajas fiscales otorgadas por las normas relacionadas en

este apartado cuando las entidades financieras pueden jugar un papel financiador de primer orden.

Antes de entrar en el detalle de la operativa que se efectúa, han de quedar claros dos conceptos:

1.– En primer lugar, qué se entiende por Agrupación de Interés Económico (AIE).

De conformidad con lo preceptuado en la Ley 12/1991, de 29 de abril, que las regula (Anexo IV), son entidades con personalidad jurídica propia y carácter mercantil, cuyo objeto es facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios, con objeto de realizar una actividad económica auxiliar de éstos, sin que puedan tener ánimo de lucro por sí mismas.

Dichas entidades tributan en el impuesto de sociedades de acuerdo con el régimen de transparencia fiscal, sin limitaciones respecto a la imputación de pérdidas. En consecuencia, las bases imponibles positivas o negativas derivadas de los resultados de la agrupación se imputarán a sus socios, para su integración en los correspondientes impuestos personales, en la proporción que se haya previsto en su escritura de constitución o, en su defecto, a partes iguales.

2.– En segundo lugar, qué se entiende por arrendamiento a casco desnudo.

Es un contrato por el que una de las partes, propietario de un buque, cede a otra parte el goce y disfrute de éste por un plazo cierto a cambio de un precio. El propietario queda al margen de la explotación del buque, que es efectuada por el arrendatario. No se diferencia en gran cosa de arrendamiento normal de cosa mueble, pues el término "a casco desnudo" hace referencia, simplemente, a que el buque se arrienda sin armar ni equipar.

Aclarados estos conceptos, el apoyo que han prestado las entidades financieras a las empresas navieras, entre ellas por supuesto CAIXANOVA, al amparo de la disposición adicional 15.ª de la Ley del Impuesto sobre Sociedades y la Ley 19/1994 se traduce en la siguiente operativa:

a) Constituir ellas mismas (una o varias) la Agrupación de Interés Económico (AIE).

En este punto, y ante la duda de si podrían las entidades financieras forma parte de la AIE para las finalidades del procedimiento analizado en este apartado, hemos de indicar que la Dirección General de Tributos, en numerosas consultas que se le han efectuado, ha entendido que dada la vocación claramente financiera de mediación entre el constructor o astillero y la empresa naviera, no existe inconveniente alguno en que aquéllas formen parte de la AIE.

b) La AIE adquiriría la nave por el precio pactado por la empresa naviera con el astillero, subrogándose en el contrato de construcción otorgado por ambos, en la posición de adquirente (naviera). El precio del buque será pagado parte con los fondos propios que debe aportar de acuerdo con la disposición adicional 15.ª (al menos el 20 por 100), y parte con financiación externa.

c) Acto seguido arrienda a casco desnudo el buque a la empresa naviera, con la que no tiene, ni puede tener por imperativo legal, vinculación societaria alguna, arrendamiento que se estipulará por el plazo que las partes estimen conveniente a sus mutuos intereses (hemos de recordar que los socios de la AIE han de mantener su participación en la misma durante al menos dos tercios de la duración del contrato).

Tal arrendamiento suele llevar incorporada una opción de compra y venta para ejercitar a la finalización del plazo pactado. El precio total del arrendamiento (cuotas más opción de compra) es inferior al precio de adquisición pagado por la AIE, siendo la diferencia entre ambas el valor actualizado de la ventaja fiscal derivada de la aplicación combinada de la disposición adicional 15.ª y del artículo 76.2 de la Ley 19/1994. Es decir, la AIE ya está trasladando a la empresa naviera la ventaja fiscal en el precio del arrendamiento, que no obstante debe estar, y estará, en condiciones normales de mercado, tal como exige dicha disposición adicional.

Hemos de tener en cuenta en este punto que la normativa fiscal del citado artículo 76.2 también permite el disfrute de los incentivos fiscales en ella regulados por Agrupaciones de Interés Económico que adquieran buques y los arrienden a casco desnudo (artículo 76.2 en relación con la normativa del Registro Especial de Buques de Canarias, detallada en el apartado 4).

d) La AIE pagará la financiación obtenida para la compra del buque con las cuotas que reciba del arrendamiento.

e) Los incentivos fiscales derivados de la disposición adicional 15.ª y del régimen fiscal canario se aplicarán por la AIE en sus declaraciones tributarias, trasladándolas a cada uno de sus socios (las entidades financieras) de acuerdo con el régimen de transparencia fiscal que para ellas se establece en su Ley reguladora, obteniendo así dichos socios una importante rentabilidad a la inversión efectuada.

f) Analizado exhaustivamente el procedimiento, faltaría remitirse al posible incumplimiento posterior por la arrendataria a casco desnudo (realmente usuaria del buque) de las condiciones que permiten el beneficio de los incentivos fiscales, con la sanción consiguiente por la Administración tributaria (devolución de dichos beneficios, más los recargos, intereses y sanciones que procedan). Esto usualmente se asegurará en el contrato de arrendamiento a casco desnudo, pactando las oportunas cláusulas de resolución del contrato y constituyendo en su caso la naviera las garantías que la AIE considere convenientes en previsión de tal circunstancia.

Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de los seguros marítimos habituales que el naviero estará obligado a otorgar para responder de los daños y perjuicios de toda índole que pueda sufrir el buque como consecuencia de siniestros acaecidos durante la explotación, y que deben dejar indemne a la AIE, como propietaria del buque.

Este sistema de aplicación combinada de incentivos fiscales, no obstante, previsiblemente no podrá seguir utilizándose, por lo ya indicado en relación con la vigencia de la disposición adicional 15.ª en el apartado 3 anterior.

= = = =

Consciente el legislador español de los problemas actuales del sector de la construcción naval enunciados en la introducción de este trabajo, y en tanto Bruselas no adopte medidas en este sentido, no deja de introducir reformas que permiten el aprovechamiento de nuevos incentivos y mecanismos que permitan a las empresas navieras la adquisición y mantenimiento de buques en las mejores condiciones posibles. Y ello lo ha efectuado a través de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (*BOE* de 31 de diciembre de 2001), de las que analizamos las más relevantes.

5.– Régimen Especial De Tributación De Las Entidades Navieras En Función Del Tonelaje ("Tonnage Tax"):

Se trata de un nuevo sistema de tributación para las empresas navieras españolas en el impuesto de sociedades, introducido en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, añadiendo a la Ley del Impuesto sobre Sociedades, dentro de los Regímenes Tributarios Especiales del título VIII, el capítulo XVII "Régimen de tributación de las entidades navieras en función del tonelaje" (Anexo V).

Este nuevo sistema, existente ya en muchos Estados miembros de la Unión Europea, permite a las empresas navieras que se acojan al mismo pagar el impuesto en función del tonelaje de los buques que exploten, propios o arrendados, que cumplan los requisitos que luego se dirán.

a) Ámbito subjetivo.– Sujeto pasivo beneficiario:

Entidades navieras inscritas en alguno de los Registros de Empresas Navieras regulados en la Ley 27/1992, de Puertos y de la Marina Mercante. Es decir, a diferencia del régimen fiscal canario del artículo 76 de la Ley 19/1994 analizado anteriormente, ya no sólo se benefician de este sistema las navieras inscritas en el Registro Especial, sino también las inscritas en el Registro de Buques y Empresas Navieras que se regula en los artículos 75 y concordantes de la Ley 27/1992 (Anexo V).

b) Ámbito objetivo.– Requisitos de los buques:

Los buques, cuya explotación posibilita la aplicación del régimen que nos ocupa, deben reunir los siguientes requisitos:

b.1) Estar gestionados estratégica y comercialmente desde España o desde el resto de la Unión Europea. A estos efectos, se entiende por gestión estratégica y comercial la asunción, por el propietario del buque o por el arrendatario, del control y riesgo de la actividad de navegación marítima o de trabajos en el mar.

b.2) Ser buques aptos para la navegación en alta mar y estar destinados exclusivamente a transporte de mercancías, pasajeros, actividades de salvamento, remolque y otros servicios prestados necesariamente en alta mar, sin que puedan acogerse al mismo los buques destinados directa o indirectamente a actividades pesqueras, deportivas, de dragado y los de recreo.

c) Efectos fiscales:

c.1) La novedad introducida por este impuesto radica en el establecimiento de un régimen de estimación objetiva, consistente en que las entidades navieras a él acogidas determinarán la parte de base imponible que se corresponda con la explotación o titularidad de los buques que reúnan los requisitos antes citados, aplicando a las toneladas de registro neto de cada uno de dichos buques la siguiente escala:

TNR (Toneladas Registro Neto)	BI [Importe diario (€) por cada 100 Toneladas]
Entre 0 y hasta 1000	0,90
Entre 1001 y hasta 10.000	0,70
Entre 10.001 y hasta 25.000	0,40
Desde 25.001	0,20

Es decir, abonarán en concepto de impuesto de sociedades una cantidad fija que se determinará por la aplicación de la escala, para la cual se tomarán los días del período impositivo en los que los buques estén a disposición del sujeto pasivo, excluyendo los días en los que no estén operativos como consecuencia de reparaciones ordinarias o extraordinarias.

c.2) La parte de la base imponible determinada conforme a la detallada escala no podrá ser compensada con bases imponibles negativas derivadas del resto de actividades de la entidad naviera, ni del ejercicio en curso ni de los anteriores, ni tampoco con las bases imponibles pendientes de compensar en el momento de aplicación del presente régimen.

La parte de la cuota íntegra atribuible a dicha parte de base imponible no podrá reducirse por la aplicación de ningún tipo de deducción o bonificación.

Por otra parte, la adquisición de los buques que se afecten al presente régimen no supondrá la aplicación de ningún incentivo ni deducción fiscal y, además, la parte de cuota íntegra que proceda del resto de la base imponible derivada de otras actividades de la entidad naviera no podrá minorarse por la aplicación de deducciones generadas por la adquisición de los buques referidos antes de su afectación al régimen regulado en este capítulo.

Por último, en el supuesto de transmisión posterior de un buque afecto a este régimen, la renta positiva o negativa que, en su caso, se ponga de manifiesto se considerará integrada en la base imponible calculada de acuerdo con lo establecido anteriormente, por lo que la posible plusvalía o pérdida originada por la transmisión no tendrá consecuencias tributarias.

Como regla particular, sólo aplicable a buques que ya hubiesen sido adquiridos con anterioridad a la aplicación del presente régimen, la Ley impone la obligación de dotar en el primer ejercicio de aplicación del régimen una reserva

indisponible por un importe igual a la diferencia positiva entre el valor de mercado y el valor neto contable del buque afectado, cuyo importe más la diferencia positiva existente entre la amortización fiscal y contable del buque en el momento de la amortización se añadirá a la base imponible que resulte de lo indicado en el apartado c.1) anterior.

d) Tipo de gravamen: el tipo general aplicable al impuesto de sociedades.

e) Solicitud, autorización administrativa, duración del régimen e incumplimiento:

e.1) La aplicación del régimen indicado está en todo caso condicionada a preceptiva autorización por el Ministerio de Hacienda, previa solicitud del sujeto pasivo, que debe especificar el período impositivo a partir del cual surta efectos, y que se presentará como mínimo tres meses antes del inicio del mismo.

e.2) La solicitud debe resolverse por el Ministerio en el plazo máximo de tres meses desde su fecha, operando el silencio negativo en caso de no obtenerse resolución expresa en tal período.

Para la concesión del régimen, el Ministerio de Hacienda tendrá en cuenta en todo caso la existencia de una contribución efectiva a los objetivos de la política comunitaria de transporte marítimo, especialmente en lo relativo al nivel tecnológico y de seguridad de navegación de los buques, prevención de la contaminación del medio ambiente y al mantenimiento del empleo comunitario tanto a bordo como en tareas auxiliares al transporte marítimo. A tal fin podrá recabar informe previo de los organismos competentes.

e.3) La concesión, en su caso, se otorgará por un período de diez años a partir de la fecha que establezca la autorización, pudiéndose solicitar su prórroga por períodos adicionales de otros diez años. El incumplimiento de las condiciones del régimen o la renuncia a la aplicación del mismo impedirán formular una nueva solicitud hasta que haya transcurrido un mínimo de cinco años.

e.4) En todo caso, la Administración tributaria se reserva el derecho de verificar la correcta aplicación del régimen y la concurrencia en cada ejercicio de los requisitos exigidos para su aplicación. De esta forma, el incumplimiento posterior de los mismos, conllevará el cese de los efectos de la autorización concedida y la pérdida de la totalidad de los beneficios fiscales derivados de ella, debiendo ingresar el sujeto pasivo incumplidor, junto con la cuota del período impositivo en el que se produjo tal incumplimiento, las cuotas íntegras correspondientes a las cantidades que hubieran debido ingresarse aplicando el régimen general de este impuesto, en la totalidad de los ejercicios a los que resultó de aplicación la autorización, todo ello sin perjuicio de los intereses de demora, recargos y sanciones que, en su caso, resulten procedentes.

6.– Nueva Normativa Aplicable A Las Operaciones De Arrendamiento Financiero:

La ya citada Ley 24/2001, 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Ad-

ministrativas y del Orden Social, parece abrir una puerta a un nuevo sistema que permite la amortización acelerada de buques de nueva construcción antes de su puesta en funcionamiento, si bien tal posibilidad está pendiente en la actualidad del adecuado desarrollo reglamentario que la confirme.

Tal posibilidad se plasmaría a través de arrendamientos financieros de buques, tal como éstos se definen y regulan en la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, aprovechando la inclusión por la citada Ley 24/2001 de un nuevo apartado 11 al artículo 128 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (Anexo VI), artículo que es el que regula precisamente el régimen fiscal de los contratos de arrendamiento financiero.

Se entiende por operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de cuotas que se compondrá de un parte correspondiente a la recuperación del coste del bien y otra correspondiente a la carga financiera de la misma. El contrato incluirá necesa-necesariamente una opción de compra, a su término, a favor del usuario, y los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales.

Básicamente, en el citado artículo 128 se contemplaban, antes de la inclusión de su apartado 11, las siguientes cuestiones:

a) Que los contratos de arrendamiento financiero, tal como acaban de definirse, tendrán una duración mínima de dos años, cuando tengan por objeto bienes muebles (caso de los buques), si bien reglamentariamente podrían establecerse otros plazos mínimos de duración, en función de las características de los distintos bienes que puedan constituir su objeto.

b) Que las cuotas de arrendamiento financiero deben aparecer expresadas en los respectivos contratos diferenciando la parte que corresponda a la recuperación del coste del bien por la entidad arrendadora, excluido el valor de la opción de compra, y la carga financiera exigida por la misma, así como que el importe anual de la parte correspondiente a la recuperación del coste del bien deberá permanecer igual o tener carácter creciente a lo largo del período contractual.

c) La consideración de gasto fiscalmente deducible tanto de la carga financiera satisfecha a la entidad arrendadora como de la parte de las cuotas de arrendamiento financiero satisfechas correspondiente a la recuperación del coste del bien, que no podrá superar el duplo del coeficiente de amortización lineal según tablas de amortización oficialmente aprobadas que corresponda al citado bien.

Teniendo en cuenta que en el caso de buques el coeficiente es el 10 por 100, su financiación vía arrendamiento financiero permitirían una amortización fiscal del 20 por 100.

d) La novedad del apartado 11 introducido por la citada Ley 24/2001 radica

en la facultad del Ministerio de Hacienda de determinar, según el procedimiento que reglamentariamente se establezca, el momento temporal en que empiece a efectuarse la deducción fiscal de las cuotas de arrendamiento, es decir, la posibilidad que se podría abrir de efectuarla con anterioridad a su puesta en funcionamiento del buque.

En todo caso, hay que señalar que tal posibilidad es aún una incógnita, pues tal sistema está pendiente del oportuno reglamento que la desarrolle, que será el que determinará su definitivo alcance y, por tanto, el que aclarará si será posible iniciar la amortización fiscal en el momento indicado anteriormente.

En todo caso, de confirmarse las posibilidades apuntadas, podría pensarse en una aplicación combinada de los beneficios que se derivan del régimen de arrendamientos financieros analizado en este apartado con el derivado del impuesto de tonelaje antes descrito, en el que quizá las entidades financieras, y por supuesto entre ellas CAIXANOVA, podrían desempeñar un papel financiador similar al descrito en el apartado 4 relativo a la aplicación combinada de la disposición adicional 15.ª de la Ley del Impuesto sobre Sociedades y del régimen fiscal de Canarias. En todo caso, es pronto para poder hablar sobre este concreto extremo.

C) CONCLUSIÓN:

En resumen, éstos son los instrumentos, casi todos basados en incentivos fiscales, de los que hasta ahora disponían o pueden disponer las empresas navieras para la adquisición de buques y, en consecuencia, la renovación y ampliación de sus flotas.

En todo caso, y en tanto Bruselas no adopte medidas contundentes y eficaces que permitan combatir la competencia desleal de Extremo Oriente a la que se hizo referencia en la introducción, potenciando el desarrollo del sector naval de la Unión Europea, el Gobierno español tiene intención de adoptar medidas que, dentro de sus competencias, consoliden la recuperación de la industrial naval.

Así parece tener intención de presentar un plan tecnológico cuyo objetivo sería preparar a las empresas para combatir el "dumping" coreano, favoreciendo la cartera de trabajo de los astilleros y de la industria auxiliar.

El proyecto, coordinado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología, tendría una vigencia de tres años y contaría con importantes recursos. Según informaciones de prensa, las fuentes consultadas indican que las ayudas, que se podrían canalizar a través de créditos participativos, podrían alcanzar los 500 millones de euros, con el claro objetivo de que el plan apoye todos los ámbitos del sector (puertos, navieras, pesca, construcción naval e industria auxiliar), y que actuaría sobre la gestión de stocks, diseño, política comercial, procesos tecnológicos de producción y logística, entre otros.

La flota española tiene avanzada edad. El Gobierno lo sabe, y en tanto Bruselas se mantenga en una poco decidida actitud de combate, es previsible que mantenga, a través de las citadas medidas, el dinamismo que ya ha empezado a mostrar con las reformas introducidas en la Ley 24/2001.

ANEXO I

REAL DECRETO 442/1994, de 11 de marzo, DE PRIMAS Y FINANCIACIÓN A LA CONSTRUCCIÓN NAVAL (*BOE* de 22 de abril)

CAPÍTULO I
Ámbito de aplicación y definiciones

Artículo 1.

Las ayudas que se definen en el presente Real Decreto se denominarán, con carácter general, primas a la construcción naval y serán concedidas, en cada caso, por el Ministerio de Industria y Energía, a propuesta de la Gerencia del Sector Naval.

Artículo 2.*

El sector de construcción naval, a los efectos del presente Real Decreto, se encuentra constituido por las empresas de construcción naval autorizadas para la construcción de buques de casco metálico de más de 100 toneladas de registro bruto.

Se considera dividido en los dos subsectores siguientes:

a) Grandes astilleros.

b) Medianos y pequeños astilleros.

El subsector de grandes astilleros está constituido por las empresas con factorías que tienen inscripción administrativa para construir buques de más de 15.000 toneladas de registro bruto el 5 de julio de 1987 (...).

El subsector de medianos y pequeños astilleros está constituido por el resto de empresas del sector.

* El párrafo primero de este artículo ha sido redactado conforme al Real Decreto 3452/2000, de 22 de diciembre (*BOE* de 23 de diciembre).

Artículo 3.

Las empresas comprendidas en el subsector de grandes astilleros podrán tener derecho a las primas por la construcción de buques de arqueo bruto superior a 8.000 (GT), excepto para buques de gases licuados y otros de avanzada tecnología, que podrán ser de un arqueo bruto superior a 6.000 (GT), previa autorización de la Dirección General de Industria.

Las empresas comprendidas en el subsector de astilleros medianos y pequeños podrán tener derecho a las primas por la construcción de buques de arqueo bruto superior a 10.000 (GT), si bien aquellos astilleros de dicho subsector que tenían autorización administrativa para construir buques mayores de 10.000 toneladas de registro bruto el 5 de julio de 1987 podrán tener derecho a las primas correspondientes a tales buques.

Artículo 4.

Las ayudas a la construcción naval que se regulan en este Real Decreto, podrán ser percibidas por las empresas definidas en el artículo 2 por las construcciones y transformaciones que se definen en los artículos 6 y 7.

Artículo 5.

Como condición previa para hacerse acreedoras a las ayudas que se regulan en el presente Real Decreto, las empresas de construcción naval definidas en el artículo 2 deben presentar una actualización de los programas de actuación indicados en el artículo 5 del Real Decreto 826/1991, a la Dirección General de Industria, a través de la Gerencia del Sector Naval, según los criterios que ésta establezca.

Una vez autorizados los programas, deberán ser aprobados por la Dirección General de Industria a propuesta de la Gerencia del Sector Naval, como condición para que las empresas puedan ser acreedoras al derecho a la percepción de las primas.

El incumplimiento manifiesto e injustificado del programa de actuación aprobado, así como la no presentación en el plazo establecido de los informes periódicos que requiere el artículo 12 de la séptima Directiva, excepto los del apartado 1. c), o de las auditorías anuales, podrá dar lugar a la inmediata suspensión del pago de las ayudas hasta tanto la empresa regularice la situación. Tal suspensión de las ayudas, en su caso, será decidida por la Dirección General de Industria a propuesta de la Gerencia del Sector Naval. En el caso de que una empresa, a la que se hayan suspendido temporalmente las ayudas, no regularice su situación antes del 31 de diciembre del año siguiente al que finaliza el período de vigencia del presente Real Decreto, la suspensión tendrá carácter definitivo.

Artículo 6.

Se entenderá por construcciones los siguientes artefactos navales (buques) de casco metálico, utilizando como características para determinar su tamaño el arqueo bruto (GT) medido según el Convenio Internacional de arqueo de buques de 1969:

Buques mercantes para el transporte de pasajeros y/o mercancías de un arqueo bruto (GT) igual o superior a 100.

Buques de pesca de un arqueo bruto (GT) igual o superior a 100.

Dragas y otros buques para realizar trabajos en el mar de un arqueo bruto (GT) igual o superior a 100, excluidas las plataformas de perforación.

Remolcadores de potencia igual o superior a 365 KW.

Artículo 7.

Se entenderá por transformaciones aquellas que se realicen sobre los artefactos navales, definidos en el artículo 6, cuyo arqueo bruto (GT) sea igual o superior a 1000 después de la obra de transformación, siempre y cuando las obras de transformación lleven consigo modificaciones sustanciales del casco, sistema de propulsión, sistema de carga o de las superestructuras de alojamiento de los pasajeros.

Artículo 8.

Se entenderá por valor base de una construcción o transformación aquél sobre el que se apliquen los porcentajes de primas que corresponda. El valor base será determinado por la Gerencia del Sector Naval tomando como referencia el valor contractual antes de las ayudas y sin que pueda sobrepasarlo.

CAPÍTULO II
Prima de funcionamiento

Artículo 9.*

Se establece una prima de funcionamiento con los siguientes valores:

1.º Para nuevas construcciones de buques cuyo valor base sea inferior a 10.000.000 de euros, hasta el 4,5 por 100 de su valor base.

No obstante lo anterior, esta subvención será incompatible con la concesión de beneficios del sistema de financiación que se conceden en el capítulo IV de este Real Decreto.

2.º Para nuevas construcciones de buques cuyo valor base sea igual o superior a 10 millones de euros, hasta el 9 por 100 del valor base.

3.º Para transformaciones de buques, hasta el 4,5 por 100 del valor base.

Tales porcentajes de ayudas podrán ser destinados:

1. Total o parcialmente al astillero para reducir el precio del buque.

2. Total o parcialmente a mejorar las condiciones de financiación de las construcciones, según los criterios que se establecen en el capítulo IV.

3. Total o parcialmente a proporcionar otro tipo de apoyos a la construcción o transformación de buques.

La proporción que sobre el total de la prima de funcionamiento se aplique a cada uno de los destinos indicados anteriormente se determinará por el Ministerio de Industria y Energía a propuesta de la Gerencia del Sector Naval, previa solicitud en tal sentido del Astillero.

De los porcentajes indicados anteriormente se podrán deducir los equivalentes a las ayudas públicas que pueda recibir el astillero o el armador para la construcción o transformación del buque. [...]

* El número 1.º de este artículo ha sido redactado conforme al Real Decreto 3452/2000, de 22 de diciembre.

CAPÍTULO IV
Sistema de financiación

Artículo 11.*

1. Las condiciones de financiación contenidas en este capítulo se aplicarán a los préstamos que se concedan a armadores o terceros, para las construcciones y transformaciones indicadas en los artículos 6 y 7 del presente Real Decreto. En el caso de que se trate de préstamos para la construcción y transformación de buques con destino a armadores domiciliados fuera del Espacio Económico Europeo, las condiciones de los mismos serán las establecidas en el párrafo f), 1, del artículo 12.

2. En el supuesto en que por decisión del Consejo de la Unión Europea o por acuerdo adoptado en el seno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) se dispusiera la aplicación del Acuerdo sobre créditos a la exportación de buques, incorporado al Acuerdo sobre condiciones normales de competencia en la industria de la construcción y reparación naval mercante, firmado el 21 de diciembre de 1994, las condiciones de financiación aplicables se adaptarán a las que resulten de tales decisiones o acuerdos.

A tales efectos, la subvención máxima de interés a que se refiere el párrafo c) del artículo 12 de este Real Decreto se determinará de forma que el tipo de interés neto para el prestatario no sea inferior al tipo de interés comercial de referencia (CIRR) para la divisa en que esté contratado el préstamo. Dicha subvención de interés se concederá solamente a la parte del préstamo que no disfrute de una garantía estatal de las consideradas autosuficientes.

* Este artículo ha sido redactado conforme al Real Decreto 3452/2000, de 22 de diciembre.

Artículo 12.

a) Importe del crédito.

Hasta el 80 por 100 del valor base determinado por la Gerencia del Sector Naval una vez deducidas las ayudas que deban considerarse a estos efectos.

b) Plazo de amortización.

El período máximo de amortización de los créditos será de doce años, ampliables excepcionalmente a catorce si el tipo de contratación justificadamente lo requiere, contados a partir de la fecha que se fije para la entrega de la construcción. De ellos, los dos primeros años, como máximo, podrán estar exentos de reembolso de capital.

c) Tipo de Interés.

Será del 8 por 100 neto (...).

El Ministerio de Industria y Energía subvencionará, con cargo a sus presupuestos y a lo largo de la vida del crédito, la diferencia entre el tipo de interés de referencia a largo plazo de la entidad financiadora y el tipo de interés del crédito concedido, con un límite en la subvención de hasta tres puntos porcentuales. El porcentaje de subvención a conceder, en su caso, será determinado por el Ministerio de Industria y Energía, a propuesta de la Gerencia del Sector Naval.

d) Garantías.

El crédito se afianzará primordialmente con la hipoteca del buque y contemplará la solvencia profesional del solicitante y la rentabilidad de la operación.

Si la hipoteca no fuera suficiente para garantizar la totalidad del crédito, la entidad de financiación podrá solicitar la aportación de garantías complementarias del propio armador, así como garantías de cualquier tipo aportadas por otra entidad. [...]

Artículo 13.

Los créditos a que se refieren los artículos 11 y 12 anteriores, podrán concederse por entidades de financiación oficiales o privadas, bien separadamente o mediante formación de consorcios.

Artículo 14.

Los astilleros constructores solicitarán a la Gerencia del Sector Naval la determinación del valor máximo del crédito y de la prima de funcionamiento que debe aplicarse, en función de las características del crédito que vaya a concederse y que, previamente se haya acordado entre el armador y la entidad de financiación. A estos efectos, la Gerencia del Sector Naval podrá comunicar al astillero los valores provisionales solicitados, sujetos a la resolución administrativa correspondiente. [...]

ANEXO II

LEY 43/1995, de 27 de diciembre, DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES (*BOE* de 28 de diciembre),

Disposición adicional decimoquinta. Incentivos fiscales para la renovación de la flota mercante.*

1. Se podrán amortizar de manera acelerada los buques, embarcaciones y artefactos navales, que cumplan los siguientes requisitos:

a) Que se trate de buques, embarcaciones o artefactos navales nuevos que sean puestos a disposición del adquirente entre el 1 de enero del año 1999 y el 31 de diciembre del año 2003 o que hayan sido encargados en virtud de un contrato de construcción suscrito dentro de dicho período, siempre que su puesta a disposición del adquirente sea anterior al 31 de diciembre del año 2006, o bien que se trate de buques usados adquiridos después del 1 de enero de 1999 que hayan sido objeto de mejoras, cuyo importe sea superior al 25 por 100 de su valor de adquisición y que se realicen antes del 31 de diciembre del año 2003.

b) Que el buque, embarcación o artefacto naval sea inscribible en las listas Primera, Segunda o Quinta del artículo 4.1 del Real Decreto 1027/1989, de 28 de julio, sobre abanderamiento, matriculación y registro marítimo de buques.

c) Que el sujeto pasivo adquirente explote el buque, embarcación o artefacto naval mediante su afectación a su propia actividad, o bien mediante su arrendamiento a casco desnudo, siempre que, en este último caso, la entidad arrendadora sea una Agrupación Española o Europea de Interés Económico y se cumplan los siguientes requisitos:

a') Que el arrendatario sea una persona física o jurídica que tenga como actividad habitual la explotación de buques, embarcaciones o artefactos navales y que afecte el elemento a dicha actividad.

b') Que al menos el 75 por 100 de la ventaja fiscal obtenida se traslade por el arrendador al usuario.

A estos efectos, la ventaja fiscal se valorará en la actualización, al tipo que se determine por el Ministerio de Economía y Hacienda, de las diferencias en los ingresos fiscales que se producirían con y sin la aplicación de este régimen.

c') Los socios de la entidad arrendadora deberán mantener la participación en la misma durante al menos las dos terceras partes del plazo del contrato de arrendamiento.

d') Que el precio de adquisición del buque, embarcación o artefacto naval, el tipo de interés de la financiación utilizada y el importe del alquiler, sean los normales de mercado entre partes intervinientes.

e') Que no exista vinculación entre el vendedor del activo y el arrendatario

del mismo.

f') Que al menos el 20 por 100 de los recursos necesarios para financiar la adquisición del buque, embarcación o artefacto naval proceda de fondos propios de la Agrupación.

d) Que se solicite y obtenga la concesión del beneficio del Ministerio de Economía y Hacienda con carácter previo a la construcción o mejora del elemento. Para la concesión del beneficio, el Ministerio de Economía y Hacienda tendrá en cuenta, desde el punto de vista del interés general, que el proyecto presenta un interés económico y social significativo, en particular en materia de empleo. A tal fin, será necesario el informe previo de los Ministerios de Industria y Energía y Fomento, según se trate de elementos nuevos o usados respectivamente; la solicitud deberá resolverse en el plazo máximo de tres meses, transcurrido el cual podrá entenderse desestimada.

2. La amortización se practicará de acuerdo con las siguientes normas:

a) La amortización anual fiscalmente deducible tendrá como límite el 35 por 100 del precio de adquisición del buque o del valor de la mejora.

b) La amortización podrá realizarse con anterioridad a la puesta del buque, embarcación o artefacto naval, en condiciones de funcionamiento o del inicio de la mejora, con el límite de las cantidades pagadas.

c) La deducción de las cantidades que excedan del importe de la depreciación efectiva no estará condicionada a su imputación contable a la cuenta de pérdidas y ganancias. Dichas cantidades incrementarán la base imponible con ocasión de la amortización o transmisión del elemento que disfrutó de aquélla.

3. Los buques, embarcaciones o artefactos navales adquiridos en régimen de arrendamiento financiero podrán acogerse, alternativamente, a la amortización especial prevista en la presente norma a lo dispuesto en el artículo 128 de esta Ley.

4. Si los requisitos se incumplieran posteriormente, el sujeto pasivo perderá el beneficio de la amortización acelerada y deberá ingresar el importe de las cuotas correspondientes a los ejercicios durante los cuales hubiese gozado de este incentivo fiscal, junto con las sanciones, recargos e intereses de demora que resulten procedentes.

* Esta disposición ha sido introducida por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (*BOE* de 31 de diciembre).

REAL DECRETO 1027/1989, de 28 de julio, DE ABANDERAMIENTO, MATRICULACIÓN DE BUQUES Y REGISTRO MARÍTIMO (*BOE* de 15 de agosto)

CAPÍTULO PRIMERO
De los registros

Art. 2.º *Para estar amparados por la legislación española, acogidos a los derechos que ésta concede y arbolar la bandera española, los buques, embarcaciones y artefactos navales deberán estar matriculados en uno de los Registros de Matrícula de Buques de las Jefaturas Provinciales de Marina Mercante.*

Cada buque, embarcación o artefacto naval sólo podrá estar matriculado en uno de los Registros enunciados en el párrafo anterior.

[...]

Art. 4.º *1. El Registro de Matrícula se llevará en varios libros, foliados denominados «Listas» en los que se registrarán los buques, embarcaciones y artefactos navales atendiendo a su procedencia y actividad, según se expresa.*

a) En la Lista Primera, se registrarán las plataformas de extracción de productos del subsuelo marino, los remolcadores de altura, los buques de apoyo y los dedicados al suministro a dichas plataformas que no estén registrados en otra lista.

b) En la Lista Segunda, se registrarán los buques de construcción nacional o importados con arreglo a la legislación vigente que se dediquen al transporte marítimo de pasajeros, de mercancías o de ambos.

c) (...).

d) (...).

e) En la Lista Quinta, se registrarán los remolcadores, embarcaciones y artefactos navales dedicados a los servicios de puertos, radas y bahías. [...]

ANEXO III

LEY 19/1994, de 6 de julio, DE MODIFICACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO Y FISCAL DE CANARIAS (*BOE* de 7 julio de 1994)

TÍTULO VII
Registro Especial de Buques y Empresas Navieras

CAPÍTULO I
Normas generales

Artículo 73. Inscripción de buques.

1. Se podrán inscribir en el Registro Especial de Buques y Empresas Navieras los buques y empresas navieras que cumplan los requisitos de la disposición adicional decimoquinta de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante. [...]

CAPÍTULO II
Régimen fiscal

[...]

Artículo 76. Impuesto sobre Sociedades.*

[...] *2. Se bonificará en un 90 por 100 la porción de la cuota de este impuesto resultante después de practicar, en su caso, las deducciones por doble imposición a que se refiere el capítulo II del título VI de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, que corresponda a la parte de la base imponible que proceda de la explotación desarrollada por las empresas navieras de sus buques inscritos en el Registro Especial de Buques y Empresas Navieras.*

* Este artículo ha sido redactado conforme a la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (*BOE* de 31 de diciembre)

LEY 27/1992, de 24 de noviembre, DE PUERTOS DEL ESTADO Y DE LA MARINA MERCANTE (*BOE* de 25 de noviembre)

Título preliminar
Disposiciones generales

[...]

CAPÍTULO III
De la marina mercante

[...]

Artículo 9. Empresas navieras

Se entiende por empresario o Empresa naviera la persona física o jurídica que, utilizando buques mercantes propios o ajenos, se dedique a la explotación de los mismos, aun cuando ello no constituya su actividad principal, bajo cualquier modalidad admitida por los usos internacionales.[...]

Disposición adicional decimoquinta. Registro especial de buques y empresas navieras.

Uno. Objeto, régimen jurídico y normas de funcionamiento.

1.– Se crea un Registro especial de buques y empresas navieras, en el que se podrán inscribir los buques y las Empresas navieras siempre que reúnan los requisitos previstos en esta disposición adicional.

2. El Registro especial de buques y empresas navieras estará situado en el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias.

3. El Registro especial de buques y empresas navieras es un Registro público de carácter administrativo, que se regirá por lo establecido en esta disposición adicional y en sus normas de desarrollo. [...]

Cuatro. Requisitos de inscripción de las Empresas navieras y de los buques.

1. Podrán solicitar su inscripción en el Registro especial las Empresas navieras siempre que tengan en Canarias el Centro efectivo de control de la explotación de los buques o que, teniéndolo en el resto de España o en el extranjero, cuenten con un establecimiento o representación permanente en Canarias, a través del cual vayan a ejercer los derechos y a cumplir las obligaciones atribuidas por la legislación vigente y las que deriven de esta disposición adicional y de sus normas de desarrollo.

2. Las Empresas a que se refiere el número anterior podrán solicitar la inscripción en el Registro especial de aquellos buques que cumplan los siguientes requisitos:

a) Tipos de buques: Todo buque civil utilizado para la navegación con un propósito mercantil, excluidos los dedicados a pesca, ya estén los buques construidos o en construcción.

b) Tamaño mínimo: 100 GT.

c) Título de posesión: Las Empresas navieras habrán de ser propietarias de los buques cuya inscripción solicitan o tener la posesión de aquellos bajo contrato de arrendamiento a casco desnudo u otro título que lleve aparejado el control de la gestión náutica y comercial del buque.

d) Condiciones de los buques: Los buques procedentes de otros Registros que se pretendan inscribir en el Registro especial deberán justificar el cumplimiento de las normas de seguridad establecidas por la legislación española y por los convenios internacionales suscritos por España, por lo que podrán ser objeto de una inspección con carácter previo a su inscripción en el Registro especial, en las condiciones que determine el Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

3. Con carácter previo a la matriculación de un buque en el Registro especial, el titular del mismo deberá aportar el justificante que acredite el pago de los tributos de aduanas, en el caso de buques importados sujetos a esta formalidad.

Cinco.– Requisitos de las navegaciones.

1. Se podrán inscribir en el Registro especial los buques de las Empresas Navieras que cumplan los requisitos del apartado anterior cuando se destinen a navegación exterior o extranacional.

2. A la vista del proceso de liberalización de la navegación de cabotaje determinado en el marco comunitario europeo, el Gobierno podrá permitir, mediante Real Decreto, la inscripción en el Registro especial de los buques que se destinen a navegación de cabotaje, con la modulación del régimen aplicable que, en su caso, se determine.

Seis. De las dotaciones de los buques.

La dotación de los buques inscritos en el Registro especial deberá reunir las siguientes características:

a) Nacionalidad: El Capitán y Primer Oficial de los buques deberán tener, en todo caso, la nacionalidad española.

El resto de la dotación deberá ser de nacionalidad española o de algún otro Estado miembro de la Comunidad Europea, al menos, en un 50 por 100.(...)

b) Composición mínima: A instancia de la Empresa naviera, que en todo caso deberá acompañar la solicitud de inscripción del buque en el Registro, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes [Fomento] *fijará, antes de que se formalice la matrícula del buque en el mencionado Registro, la tripulación mínima del mismo, en función del tipo de buque, de su grado de automatización y del tráfico a que esté destinado ajustándose al mínimo compatible con la seguridad del buque y de la navegación y a los compromisos internacionales asumidos por España.* [...]

ANEXO IV

LEY 12/1991, de 29 de abril, DE AGRUPACIONES DE INTERÉS ECONÓMICO (*BOE* de 30 de abril de 1991)

CAPÍTULO PRIMERO
Régimen sustantivo de las Agrupaciones de Interés Económico

Artículo 1.º Normativa aplicable.

Las Agrupaciones de Interés Económico tendrán personalidad jurídica y carácter mercantil y se regirán por lo dispuesto en la presente Ley y, supletoriamente, por las normas de la sociedad colectiva que resulten compatibles con su específica naturaleza.

Artículo 2.º Finalidad.

1. La finalidad de la Agrupación de Interés Económico es facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad de sus socios.

2 La Agrupación de Interés Económico no tiene ánimo de lucro por sí misma.

Artículo 3. Objeto.

1. El objeto de la Agrupación de Interés Económico se limitará exclusivamente a una actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios.

2. La Agrupación no podrá poseer directa o indirectamente participaciones en sociedades que sean miembros suyos, ni dirigir o controlar directa o indirectamente las actividades de sus socios o terceros.

ANEXO V

LEY 24/2001, de 27 de diciembre, DE MEDIDAS FISCALES, ADMINISTRATIVAS Y DEL ORDEN SOCIAL (*BOE* de 31 de diciembre)

Cuarenta y siete. *Se añade dentro de los Regímenes tributarios especiales del Título VIII, el capítulo XVII "Régimen de tributación de las entidades navieras en función del tonelaje", que quedará redactado en los siguientes términos:*

CAPÍTULO XVII

Régimen de las Entidades Navieras en Función del Tonelaje

Artículo 135 ter. Ámbito de aplicación.

1. Podrán acogerse al régimen especial previsto en este capítulo las entidades inscritas en alguno de los Registros de Empresas Navieras referidos en la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, cuya actividad comprenda la explotación de buques propios o arrendados.

2. Los buques cuya explotación posibilita la aplicación del citado régimen deben reunir los siguientes requisitos:

a)Estar gestionados estratégica y comercialmente desde España o desde el resto de la Unión Europea. A estos efectos, se entiende por gestión estratégica y comercial, la asunción por el propietario del buque o por el arrendatario, del control y riesgo de la actividad de navegación marítima o de trabajos en el mar.

b) Ser buques aptos para la navegación en alta mar y estar destinados exclusivamente a alguna de las siguientes actividades:

– Transporte de mercancías

– Transporte de pasajeros

– Actividades de salvamento, remolque y otros servicios prestados necesariamente en alta mar.

3. No podrán acogerse al presente régimen los buques destinados, directa o indirectamente, a actividades pesqueras, deportivas, de dragado y los de recreo.

Artículo 135 quáter. Determinación de la base imponible en régimen de estimación objetiva.

1. Las Entidades acogidas a este régimen determinarán la parte de base

imponible que se corresponda con la explotación o titularidad de los buques que reúnan los requisitos del artículo anterior, aplicando a las toneladas de registro neto de cada uno de dichos buques la siguiente escala:

Toneladas de registro neto	Importe diario por cada 100 toneladas Euros
Entre 0 y hasta 1000	0,90
Entre 1001 y hasta 10.000	0,70
Entre 10.001 y hasta 25.000	0,40
Desde 25.001	0,20

Para la aplicación de la escala se tomarán los días del período impositivo en los que los buques estén a disposición del sujeto pasivo, excluyendo los días en los que no estén operativos como consecuencia de reparaciones ordinarias o extraordinarias.

La aplicación de este régimen deberá abarcar a la totalidad de los buques del solicitante que cumplan los requisitos del mismo, y a los buques que se adquieran o arrienden con posterioridad a la autorización, siempre que cumplan dichos requisitos, pudiendo acogerse al mismo buques tomados en fletamento, siempre que la suma de su tonelaje neto no supere el 75 por 100 del total de la flota de la entidad o, en su caso, del grupo fiscal sujeto al régimen. En el caso de entidades que tributen en el régimen de consolidación fiscal la solicitud deberá estar referida a todas las entidades del grupo fiscal que cumplan los requisitos del artículo 135 ter.

2. La renta positiva o negativa que, en su caso, se ponga de manifiesto como consecuencia de la transmisión de un buque afecto a este régimen, se considerará integrada en la base imponible calculada de acuerdo con el apartado anterior.

No obstante lo establecido en el párrafo anterior, cuando se trate de buques cuya titularidad ya se tenía cuando se accedió al presente régimen especial, o de buques usados adquiridos una vez comenzada la aplicación del mismo, se procederá del siguiente modo:

En el primer ejercicio en que sea de aplicación el mismo, o en el que se hayan adquirido los buques usados, se dotará una reserva indisponible por un importe equivalente a la diferencia positiva existente entre el valor normal de mercado y el valor neto contable de cada uno de los buques afectados por esta regla, o bien se especificará la citada diferencia, separadamente para cada uno de los buques y durante todos los ejercicios en los que se mantenga la titularidad de los mismos, en la memoria de sus cuentas anuales. [...]

El incumplimiento de la obligación de no disposición de la reserva o de la obligación de mención en la memoria constituirá infracción tributaria simple, sancionándose con una multa del 5 por 100 del importe de la citada diferencia.

El importe de la citada reserva positiva, junto con la diferencia positiva existente en la fecha de transmisión entre la amortización fiscal y contable del buque enajenado, se añadirá a la base imponible a que se refiere la regla primera de este artículo cuando se haya producido la mencionada transmisión. [...]

3. La parte de la base imponible determinada según el apartado 1 de este artículo no podrá ser compensada con bases imponibles negativas derivadas del resto de actividades de la entidad naviera, ni del ejercicio en curso ni de los anteriores, ni tampoco con las bases imponibles pendientes de compensar en el momento de aplicación del presente régimen. [...]

Artículo 135 quinque. Tipo de gravamen y cuota.

1. En todo caso, resultará de aplicación el tipo general de gravamen previsto en el párrafo primero del artículo 26 de esta Ley.

2. La parte de la cuota íntegra atribuible a la parte de base imponible determinada según lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 135 quáter no podrá reducirse por la aplicación de ningún tipo de deducción o bonificación. Asimismo, la adquisición de los buques que se afecten al presente régimen no supondrá la aplicación de ningún incentivo ni deducción fiscal.

La parte de cuota íntegra que proceda del resto de base imponible no podrá minorarse por la aplicación de deducciones generadas por la adquisición de los buques referidos antes de su afectación al régimen regulado en este capítulo. [...]

Artículo 135 septies. Aplicación del régimen.

1. El régimen tributario previsto en el presente capítulo se aplicará de la siguiente forma:

a) La aplicación del mismo estará condicionado a la autorización por el Ministerio de Hacienda, previa solicitud del sujeto pasivo. Esta autorización se concederá por un período de diez años a partir de la fecha que establezca la autorización, pudiéndose solicitar su prórroga por períodos adicionales de otros diez años.

b) La solicitud deberá especificar el período impositivo a partir del cual vaya a surtir efectos y se presentará como mínimo tres meses antes del inicio del mismo.

c) La solicitud deberá resolverse en el plazo máximo de tres meses, transcurrido el cual podrá entenderse desestimada.

Para la concesión del régimen, el Ministerio de Hacienda tendrá en cuenta la existencia de una contribución efectiva a los objetivos de la política comunitaria de transporte marítimo, especialmente en lo relativo al nivel tecnológico de los buques que garantice la seguridad en la navegación y la prevención de la contaminación del medio ambiente y al mantenimiento del empleo comunitario tanto a bordo como en tareas auxiliares al transporte marítimo. A tal fin podrá recabar informe previo de los organismos competentes.

d) El incumplimiento de las condiciones del régimen o la renuncia a la aplicación del mismo impedirán formular una nueva solicitud hasta que haya transcurrido un mínimo de cinco años.

e) La Administración tributaria podrá verificar la correcta aplicación del régimen y la concurrencia en cada ejercicio de los requisitos exigidos para su aplicación.

2. El incumplimiento de los requisitos exigidos establecidos en el presente régimen implicará el cese de los efectos de la autorización correspondiente y la pérdida de la totalidad de los beneficios fiscales derivados de ella, debiendo ingresar, junto con la cuota del período impositivo en el que se produjo el incumplimiento, las cuotas íntegras correspondientes a las cantidades que hubieran debido ingresarse aplicando el régimen general de este impuesto, en la totalidad de los ejercicios a los que resultó de aplicación la autorización, sin perjuicio de los intereses de demora, recargos y sanciones que, en su caso, resulten procedentes. [...]

LEY 27/1992, de 24 de noviembre, DE PUERTOS DEL ESTADO Y DE LA MARINA MERCANTE (*BOE* de 25 de noviembre)

Título III
De la Marina Mercante

[...]

CAPÍTULO II
Explotación naviera y régimen de las navegaciones

Sección 1.ª
Buques y Empresas navieras

Art. 75. Registro de Buques y Empresas navieras.

1. El Registro de buques y Empresas navieras es un registro público de carácter administrativo que tiene por objeto la inscripción de:

– Los buques abanderados en España.

– Las Empresas navieras españolas.

2. A efectos de su identificación, en la inscripción de los buques se hará constar todas sus circunstancias esenciales y sus modificaciones, así como los actos y contratos por los que se adquiera o transmita su propiedad, los de constitución de hipoteca o imposición de derechos reales y cualquier otro extremo que se determine legal o reglamentariamente.

3. En la inscripción de las Empresas navieras se hará constar el acto constitutivo y sus modificaciones, el nombramiento y cese de sus administradores, los buques de su propiedad o que exploten, y cualquier otra circunstancia que se determine legal o reglamentariamente.

4. La inscripción en el Registro de buques y Empresas navieras no exime del cumplimiento de los deberes de inscripción en otros registros públicos que puedan existir.

5. Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo preceptuado en la disposición adicional decimoquinta, reguladora del Registro Especial de Buques y Empresas Navieras.

ANEXO VI

LEY 43/1995, de 27 de diciembre, DEL IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES (*BOE* de 28 de diciembre)

TÍTULO VII
Regímenes tributarios especiales

[...]

CAPÍTULO XIII
Régimen fiscal de determinados contratos de arrendamiento financiero

Artículo 128. Contratos de arrendamiento financiero.*

1. Lo previsto en este artículo se aplicará a los contratos de arrendamiento financiero a que se refiere el apartado 1 de la disposición adicional séptima de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

2. Los contratos a que se refiere el apartado anterior tendrán una duración mínima de dos años cuando tengan por objeto bienes muebles y de diez años cuando tengan por objeto bienes inmuebles o establecimientos industriales. No obstante, reglamentariamente, para evitar prácticas abusivas, se podrá establecer otros plazos mínimos de duración de los mismos en función de las características de los distintos bienes que puedan constituir su objeto.

3. Las cuotas de arrendamiento financiero deberán aparecer expresadas en los respectivos contratos diferenciando la parte que corresponda a la recuperación del coste del bien por la entidad arrendadora, excluido el valor de la opción de compra y la carga financiera exigida por la misma, todo ello sin perjuicio de la aplicación del gravamen indirecto que corresponda.

4. El importe anual de la parte de las cuotas de arrendamiento financiero correspondiente a la recuperación del coste del bien deberá permanecer igual o tener carácter creciente a lo largo del período contractual.

5. Tendrá, en todo caso, la consideración de gasto financiero fiscalmente deducible la carga financiera satisfecha a la entidad arrendadora.

6. La misma consideración tendrá la parte de las cuotas de arrendamiento financiero satisfechas correspondiente a la recuperación del coste del bien, salvo en el caso de que el contrato tenga por objeto terrenos, solares y otros activos no amortizables. En el caso de que tal condición concurra sólo en una parte del bien objeto de la operación, podrá deducirse únicamente la proporción que corresponda a los elementos susceptibles de amortización, que deberá ser expresada diferenciadamente en el respectivo contrato.

El importe de la cantidad deducible de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo anterior no podrá ser superior al resultado de aplicar al coste del bien el duplo del coeficiente de amortización lineal según tablas de amortización oficialmente aprobadas que corresponda al citado bien. El exceso será deducible en los períodos impositivos sucesivos, respetando igual límite. Para el cálculo del citado límite se tendrá en cuenta el momento de la puesta en condiciones de funcionamiento del bien.

Tratándose de los sujetos pasivos a los que se refiere el capítulo XII del

Título VIII, se tomará el duplo del coeficiente de amortización lineal según tablas de amortización oficialmente aprobadas multiplicado por 1,5.

7. La deducción de las cantidades a que se refiere el apartado anterior no estará condicionada a su imputación contable en la cuenta de pérdidas y ganancias.

8. Las entidades arrendadoras deberán amortizar el coste de todos y cada uno de los bienes adquiridos para su arrendamiento financiero, deducido el valor consignado en cada contrato para el ejercicio de la opción de compra, en el plazo de vigencia estipulado para el respectivo contrato.

9. Lo previsto en el artículo 11.3 esta Ley no será de aplicación a los contratos de arrendamiento financiero regulados en el presente artículo.

10. Los elementos del inmovilizado material nuevos que sean objeto de un contrato de arrendamiento financiero podrán disfrutar del incentivo fiscal previsto en el apartado 2 de la disposición final novena, en los términos que se prevean en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado.

11. El Ministerio de Hacienda podrá determinar, según el procedimiento que reglamentariamente se establezca, el momento temporal a que se refiere el apartado 6, atendiendo a las peculiaridades del período de contratación o de construcción del bien, así como a las singularidades de su explotación económica, siempre que dicha determinación no afecte al cálculo de la base imponible derivada de la explotación efectiva del bien, ni a las rentas derivadas de su transmisión que deban determinarse según las reglas del régimen general del impuesto o del régimen especial previsto en el capítulo VIII del Título VIII de esta ley.

* El apartado 11 de este artículo ha sido introducido por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (*BOE* de 31 de diciembre)

LEY 26/1988, de 29 de julio, SOBRE DISCIPLINA E INTERVENCIÓN DE LAS ENTIDADES DE CRÉDITO (*BOE* de 30 de julio)

DISPOSICIONES ADICIONALES

Séptima.– *1. Tendrán la consideración de operaciones de arrendamiento financiero aquellos contratos que tengan por objeto exclusivo la cesión del uso de bienes muebles o inmuebles adquiridos para dicha finalidad según las especificaciones del futuro usuario, a cambio de una contraprestación consistente en el abono periódico de las cuotas a que se refiere el número 2 de esta disposición. Los bienes objeto de cesión habrán de quedar afectados por el usuario únicamente a sus explotaciones agrícolas, pesqueras, industriales, comerciales, artesanales, de servicios o profesionales. El contrato de arrendamiento financiero incluirá necesariamente una opción de compra, a su término, a favor del usuario.* [...]

PROPUESTA DE REFORMA DEL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES

Ilustre Colegio Provincial de Abogados de La Coruña

El Impuesto sobre sucesiones y donaciones, surge sobre la teoría de la redistribución basada en la injusticia que supone tener la titularidad de unos bienes que se obtuvieron sin haber realizado esfuerzo alguno para conseguirlos, ya que quienes heredaban eran los individuos de clase pudiente, es decir, los ricos, a los que había que imponer una exacción sobre el caudal relicto. Actualmente, han cambiado las cosas, y ya no son sólo los ricos los que heredan.

En Galicia, al igual que en el resto de España, durante el siglo XX, con el crecimiento de una nueva clase social –la burguesía– ha habido una transformación económica que permitió a gran parte de la población gallega acceder a la titularidad de pequeños patrimonios, gracias, entre otras cosas, al fomento del ahorro, que ha permitido, a su vez, el crecimiento de la inversión y en consecuencia, un incremento de la riqueza.

Estos patrimonios se ven sometidos en la actualidad, en nuestra opinión, a una excesiva carga fiscal por las razones que a continuación exponemos:

1.ª) En el caso de las viviendas, el causante se encuentra con que, a lo largo de su vida, su propiedad o propiedades se ven sometidas a una larga batería de impuestos como son: el impuesto de bienes inmuebles (IBI), el impuesto sobre el patrimonio, sobre la renta, el IVA, el IAE si se ejerce una actividad empresarial, el impuesto municipal sobre el incremento del valor de los terrenos, y a todo esto, habría que añadir, en el caso de donación, que el donante tendría que tributar a su vez en el IRPF por la plusvalía originada en la transmisión. Y, hasta no hace mucho tiempo, a toda esta carga fiscal habría que añadir la famosa plusvalía del muerto (inclusión en la base imponible del IRPF correspondiente al causante de la plusvalía aflorada con ocasión de la transmisión del caudal relicto).

2.ª) En el caso de que muera la persona que aporta la mayoría de los ingresos corrientes a la familia, el impuesto actúa como un desincentivo para el ahorro familiar, ya que no sólo se queda esa familia sin ingresos, sino que tiene que vender parte de sus propiedades para hacer frente al impuesto.

3.ª) También podría incrementarse el ahorro si no se gravaran las adquisiciones "mortis causa" o, subsidiariamente, se redujese la tarifa del impuesto. Otra medida de fomento del ahorro sería no acumular las cantidades percibidas por los beneficiarios de seguros de vida al resto de bienes y derechos que integran la porción hereditaria del beneficiario.

4.ª) La inversión es otro de los factores afectados por el impuesto, ya que no se fomenta su crecimiento y esto produce como resultado que no se creen grandes capitales porque el impuesto se lleva gran parte de ellos.

5.ª) El impuesto no recauda de forma eficiente por su poca rentabilidad, ya que los gastos que ocasiona su tramitación no compensan frente a la escasa recaudación de la Administración.

En los territorios históricos del País Vasco (Ley 12/1981, de 13 de mayo) y de la Comunidad foral Navarra (Ley 28/1990, de 26 de diciembre), donde prácticamente no se paga este impuesto, hay un incremento de capitales. Las ventajas deben ser notorias, ya que no nos consta que nadie haya vuelto a pedir que instaure de nuevo el impuesto, ni por parte de la Administración, ni por parte del contribuyente.

6.ª) Si nos remitimos al principio de igualdad, podemos pensar que fiscalmente hay distinción entre territorios, por lo que en nuestro caso debemos ponernos del lado de los más favorecidos.

7.ª) La Ley 18/2002, de 1 de julio, que emite la Jefatura del Estado, regula para la Comunidad Autónoma de Galicia la cesión de tributos del Estado y la fijación del alcance y las condiciones de dicha cesión, y entre dichos tributos, se encuentra el impuesto sobre sucesiones y donaciones.

En su artículo 2, donde se regulan el alcance y condiciones de la cesión de tributos, se atribuye a la Comunidad Autónoma de Galicia la facultad de dictar para sí misma normas legislativas, en los casos y condiciones previstos en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre (RCL 2001, 3245 y RCL 2002, 1318), que regula las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía.

8.ª) En la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, en su Exposición de Motivos, se menciona que:

"Por lo que al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se refiere, las Comunidades Autónomas pueden regular, novedosamente, las reducciones aplicables en la base imponible a las transmisiones inter–vivos, *mejorar las reducciones estatales, crear deducciones y bonificaciones, y fijar la tarifa del impuesto sin ninguna limitación".*

Dicha materia viene especialmente regulada en los siguientes artículos:

- Artículo 19, que regula la normativa aplicable a los tributos cedidos.
- Artículo 24, que nos indica el alcance de la cesión y puntos de conexión en el impuesto sobre sucesiones y donaciones.
- Artículo 40, que abarca el alcance de las competencias normativas en el impuesto sobre sucesiones y donaciones.
- Artículo 61, que reforma varios artículos del impuesto sobre sucesiones y donaciones.

Con apoyo en esta nueva normativa, varias Comunidades Autónomas se han apresurado ya a legislar sobre la materia, aplicando nuevas reducciones en la base imponible o reduciendo las estatales ya existentes, como la de Aragón, Cataluña o Madrid.

PROPUESTAS DE REFORMA DEL IMPUESTO:

1.ª) Reducción aplicable en la base imponible. En los casos contemplados en los Grupos I y II del artículo 20 de la Ley del Impuesto y en el artículo 42 del Reglamento que la desarrolla será del 99 por 100 de la base imponible.

2.ª) Reducción de los coeficientes multiplicadores en un 50 por 100, así como el incremento del patrimonio mínimo preexistente, estableciéndolo en 600.000 euros, y la ampliación de los sucesivos tramos del mismo proporcionalmente a dicha cantidad.

3.ª) Reducción del tipo de la escala de gravamen en un 50 por 100.

4.ª) Establecer un mínimo exento que coincida con el mínimo establecido para el impuesto sobre el patrimonio.

5.ª) Reducción especial en la base imponible, actualmente no contemplada, para aquel caso en que los únicos o mayoritarios ingresos de una familia sean aportados por el causante.

6.ª) Reducción especial en la base imponible, en función del número de herederos. No es lo mismo que el patrimonio se transmita íntegramente a un solo heredero, que se divida en varios patrimonios, produciéndose ya de esta manera una efectiva redistribución del mismo. Circunstancia que actualmente no está recogida en la actual regulación.

SOLICITAMOS: Se apruebe la presente comunicación–propuesta en esta Sección y posteriormente, en el Pleno del presente III Congreso de Dereito Galego; y una vez aprobada, se eleve esta petición a la Consellería de Economía e Facenda, para que a su vez, se remita al Parlamento gallego, una vez elaborado el consiguiente Proyecto de Ley.

II

ACTAS DE LAS SESIONES Y CONCLUSIONES

ACTA DE LA SECCIÓN SÉPTIMA:

Presidente:
D. Modesto Barcia Lago
Vicepresidente:
D. Antonio Fernández Chao
Vocales:
D. Vicente Bellón Martínez
D. Fernando Placer García
Secretario:
D. Miguel Caridad Barreiro

En la Sala Primera del Palacio de Congresos de A Coruña, siendo las 10:15 horas del día 28 de noviembre de 2002, se constituye la Mesa con los asistentes reseñados al margen.

A las 10:25 horas da comienzo la sesión, tomando la palabra el Sr. Presidente, Don MODESTO BARCIA LAGO, para agradecer a los presentes su participación en este acto. A continuación se procede a la exposición de las diversas comunicaciones presentadas a la sección.

Comunicación presentada por Dña. ROSANA CORRAL GARCÍA sobre algunas características de la Ley de mediación familiar en Galicia. Tras su defensa se abre un turno de intervenciones, tomando la palabra Dña. ROSARIO CRESPO PRIETO y D. MODESTO BARCIA LAGO para poner de manifiesto algunas críticas a la Ley de mediación familiar. Por parte del Sr. Presidente se solicita la formulación de una propuesta concreta, interviniendo D. LUIS GONZÁLEZ DEUS, Dña. ROSARIO CRESPO, D. ANTONIO FERNÁNDEZ CHAO, y D. VICENTE BELLÓN MARTÍNEZ. Finalmente se aprueba por unanimidad la siguiente conclusión: si bien se considera que la Ley de mediación familiar carece de funcionalidad práctica, dada la trascendencia jurídica que para los afectados puede tener la mediación, la sección séptima propone al Congreso se pronuncie interesando que en el reglamento de desarrollo de la precitada Ley el mediador sea abogado; y ello con independencia del auxilio que profesionales de otras ramas puedan prestar como especialistas.

Comunicación presentada por D. JAIME RODRÍGUEZ–ARANA. El autor no comparece a su defensa.

Comunicación presentada por D. ROBERTO RODRÍGUEZ MONDELO. El autor no comparece a la defensa de su comunicación. Tras la lectura de la misma, y posterior intervención del Sr. BELLÓN MARTÍNEZ, se aprueba por unanimidad

proponer al Congreso la recomendación de garantizar la formación sobre Derecho civil de Galicia en las Universidades y en las Escuelas de Práctica Jurídica.

Comunicación presentada por el Ilustre Colegio Provincial de Abogados de La Coruña, confeccionada por los Letrados D. RAMÓN ALONSO PIZZI, Dña. FLORINDA FERNÁNDEZ VILLAR Y D. PABLO JAVIER LÓPEZ SÁNCHEZ. Encontrándose presentes los dos últimos autores citados, defiende la comunicación la Sra. FERNÁNDEZ VILLAR. Se aprueba por unanimidad la remisión al Pleno de las propuestas alternativas de reforma del impuesto de sucesiones contenidas en la comunicación.

Comunicación presentada por D. ANTONINO VÁZQUEZ BONOME sobre la autotutela en el Derecho de Galicia. Comparece su autor y la defiende. Por el Sr. Presidente se acuerda la incorporación de la misma a la Sección Segunda, donde ha sido objeto de debate y aprobación en los términos que constan en el acta de la citada Sección.

Comunicación presentada por D. JOSÉ MANUEL SILVOSA TALLÓN, sobre el retracto de graciosa. Comparece su autor y la defiende. Por el Sr. Presidente se acuerda la incorporación de la misma a la Sección Tercera, donde será objeto de debate en los términos que consten en el acta de la citada Sección.

Y no habiendo más asuntos que tratar se levanta la sesión, de la que yo el Secretario, con el V.ºB.º del Sr. Presidente, doy fe.

ACTA DE LA SESIÓN PLENARIA
DEL
III CONGRESO DE DERECHO GALLEGO

En el Salón de Cámara del Palacio de Congresos de La Coruña, siendo las once horas del día veintinueve de noviembre de dos mil dos, se constituye en Sesión Plenaria el Consejo General del III Congreso de Dereito Galego bajo la presidencia de la Mesa del Congreso de la que es Presidente el Excmo. Sr. D. JOSÉ ANTONIO GARCÍA CARIDAD y siendo miembros de la misma y presentes en este acto los Excmos. Sres. D. CÉSAR TORRES DÍAZ, Decano del Colegio Provincial de Abogados de A Coruña, D. JOSÉ ANTONIO LÓPEZ GRAÑA, Decano del Colegio Provincial de Abogados de Lugo, D. ALFONSO ÁLVAREZ GÁNDARA, Decano del Colegio de Abogados de Vigo y D. FERNANDO PANTÍN MANEIROS, Decano del Colegio de Abogados de Ferrol, y yo, JESÚS VARELA FRAGA, como Secretario General.

Se abre la sesión por el Excmo. Sr. Presidente, manifestando que, de acuerdo con el artículo 25 del Reglamento del Congreso, concederá la palabra a los Presidentes de las distintas secciones para que expongan las conclusiones de la Ponencia y de las enmiendas que hayan sido elevadas en forma al Pleno.

Y, en primer lugar, concede la palabra al Presidente de la Mesa de la Sección Primera, Excmo. Sr. D. JOSÉ ANTONIO LOIS, FERNÁNDEZ, el cual da lectura del articulado del recurso de casación civil y del articulado de las fuentes de Derecho civil de Galicia, que han sido aprobados por unanimidad en la sección, cuyo texto se incorpora a esta acta y como formando parte integrante de la misma.

Por el Sr. Presidente se invita a los Ponentes Sres. SANDE y PENA a fin de sostener e informar sobre las Ponencias por los mismos redactadas, los que manifiestan renunciar a tal derecho por haber sido aprobadas en la Mesa de la Sección por unanimidad.

Y sometido a votación de todos los congresistas asistentes se aprueba por unanimidad el texto del recurso de casación civil.

Asimismo se somete a votación el texto articulado de las fuentes de Derecho civil, aprobándose por todos los asistentes con la abstención de la congresista Dña. CARMEN ALARCÓN PRIETO.

Por el Sr. Presidente se declaran aprobadas las conclusiones de la Sección Primera.

Seguidamente, por el Presidente Excmo. Sr. D. JOSÉ ANTONIO GARCÍA CARIDAD se acuerda someter a la consideración del Pleno las conclusiones de la Sección Segunda del Congreso, invitando al Presidente de dicha Sección, Excmo. Sr. D. JOSÉ CORA, el cual da lectura de las conclusiones de dicha Sección, cuyo texto se incorpora a esta acta. Por el Presidente se invita a los ponentes a sostener la Ponencia, renunciando a ello dada la aprobación de la misma en la Mesa de la Sección.

Y sometida la Ponencia a votación, el resultado de la misma es el siguiente:
- Votos a favor de las conclusiones: ochenta y siete (87).
- Votos en contra: uno (1)
- Abstenciones: veintiséis (26).

Por el Sr. Presidente se declaran aprobadas las conclusiones de la Sección Segunda.

Por el Sr. Presidente se invita al Presidente de la Mesa de la Sección Tercera, Sr. CRESPO, a fin de proceder a la lectura de las conclusiones aprobadas por dicha Sección. Por el Sr. CRESPO se procede a la lectura de dichas conclusiones, cuyo texto se incorpora a esta acta y como formando parte de la misma.

Por el Sr. Presidente se invita al ponente Sr. SEOANE SPIEGELBERG para exponer lo que estime conveniente en defensa de la Ponencia, manifestando exclusivamente que las conclusiones de este Congreso no son de tipo legislativo, lo que reafirma el Presidente, Sr. GARCÍA CARIDAD alegando que se trata de un Congreso científico.

Se concede la palabra al Profesor REBOLLEDO, el cual manifiesta que nada tiene que alegar.

Se procede a la votación de la Ponencia por partes con el siguiente resultado:

- El apartado sobre constitución de las servidumbres: se aprueba por unanimidad.
- El apartado sobre acción negatoria de las servidumbres: se aprueba por unanimidad.
- En cuanto a las serventías: se aprueba por unanimidad.
- En cuanto a la comunicación presentada sobre distancias entre plantaciones: se aprueba igualmente por unanimidad la conclusión acordada en la Mesa, de la que se dio aquí lectura.

Con el fin de entrar en el estudio de las conclusiones de la Sección Cuarta (Montes), por el Sr. Presidente se invita al Presidente de dicha Sección, D. MAURO VARELA para dar lectura de las conclusiones, lo que hace, incorporándose el texto de las mismas a esta acta.

Siendo las 11:45 horas se incorpora a la Mesa el Excmo. Sr. Decano del Colegio de Abogados de Pontevedra, Sr. ARTIME.

Por la Ponencia de dicha Sección se manifiesta no tener nada que añadir.

Y sometidas las conclusiones a votación, el resultado es el siguiente:

- Votos a favor: ciento veintitrés (123).
- Abstenciones: seis (6).
- Votos en contra: uno (1)

El Sr. Presidente declara aprobadas las conclusiones.

- Y sometida a votación la conclusión sobre montes de varas o de fabeo: se aprueba por unanimidad.

El Sr. Presidente concede la palabra al Sr. BENEYTO BELLAS, como Vicepresidente de la Sección Quinta por ausencia del Presidente de la Sección. Por el Sr. BENEYTO se procede a la lectura de las conclusiones, incorporándose a esta acta el texto de las mismas y como formando parte integrante del acta.

Por la presidencia se invita a los ponentes Sres. LORENZO MERINO y NOGUEIRA a defender las Ponencias, renunciando ambos a ello. Igualmente renuncia a intervenir el ponente D. VÍCTOR PEÓN.

Y sometidas las conclusiones a votación, se aprueban por unanimidad.

Por el Sr. Presidente se suspende la sesión por diez minutos.

Siendo las doce treinta horas (12:30 horas) se reanuda la sesión, incorporándose a la Mesa presidencial el Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Xusticia de Galicia, Sr. SOUTO PRIETO, y el Excmo. Sr. Decano del Colegio de Abogados de Ourense, Sr. GONZÁLEZ TRIGÁS.

Por la presidencia se invita al defensor de la Ponencia de la Sección Sexta, profesor D. MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ÁLVAREZ, para defender la Ponencia. Antes de iniciar su intervención el profesor PÉREZ ÁLVAREZ, pide la palabra el profesor REBOLLEDO alegando que como co–ponente pretende sostener y defender su Ponencia, contestando el Sr. Presidente que solamente un portavoz de la Ponencia está facultado para defender la misma. Pero insiste el profesor REBOLLEDO en defender la Ponencia frente a la enmienda a lo que replica el Sr. Presidente que cualquiera de los congresistas presentes puede pedir la palabra para intervenir por el tiempo que señale la presidencia.

Pide intervenir el Sr. RODRÍGUEZ PARDO, como Presidente de la Mesa de la Sección Sexta, manifestando que solamente el profesor PÉREZ ÁLVAREZ representó a los ponentes, que son más de quince. Ante la insistencia del profesor REBOLLEDO, por el Sr. Presidente se le retira el uso de la palabra. No obstante, por el Presidente Sr. GARCÍA CARIDAD se manifiesta que los dos voceros tendrán el uso de la palabra para sostener y alegar lo que estimen conveniente, siendo aplaudido por una gran mayoría de los congresistas.

Se concede la palabra al Presidente de la Sección Sexta, Sr. RODRÍGUEZ PARDO, el cual procede a dar lectura de las conclusiones de la Ponencia, cuyo texto se incorporará a esta acta.

Siendo las 12:58 horas abandona la Mesa del Plenario el Sr. TORRES DÍAZ, reincorporándose a la misma a las 13:03 horas.

El Sr. RODRÍGUEZ PARDO procede a dar lectura del punto sexto de la Ponencia y a la enmienda propuesta a dicho punto.

Se invita al profesor PÉREZ ÁLVAREZ para que proceda a defender la Ponencia, manifestando que procederá a efectuar una defensa global de la Ponencia, contestando el Sr. Presidente que puede hacer lo que estime conveniente con independencia de que la votación se efectuará sobre cada una de las partes en que se divide la Ponencia.

La intervención del profesor PÉREZ ÁLVAREZ se concreta en los siguientes términos:

«La Compilación de 1963 centró el Derecho sucesorio gallego en torno al derecho de labrar y poseer. Frente a esta realidad la Ley de 24 de mayo de 1995 ha dotado al Derecho civil de Galicia de una riqueza de contenido que no cabe cuestionar. Ahí está el apartamiento, el testamento mancomunado, los pactos sucesorios, el usufructo universal o la partija conjunta. Pero conviene hacer notar que se trata de figuras sobre las que el Código civil o bien guarda silencio o las contempla pero para prohibirlas de modo expreso. No podía ser de otro modo. Son instituciones radicalmente incompatibles con el sistema legitimario rígido que el propio Código civil español asumió en el año 1889. No obstante, la Ley gallega de 1995 contempla unas y otras figuras pero subsumiéndolas en el sistema legitimario del Código civil.

En la última jornada de este Congreso, sería ingrato no volver a reconocer la notable importancia de la Ley de 1995. Pero poco servicio haríamos si no reconociéramos también que el texto vigente presenta, al igual que cualquier otro, defectos, contradicciones o insuficiencias como las que en estos días se han puesto de manifiesto y que con ánimo de servicio convendría corregir.

¿Cómo es posible que transcurridos ya siete años desde la entrada en vigor de la Ley aún siga planteando problemas determinar la forma del testamento mancomunado?; o que sigamos discutiendo si la legítima a la que responde el texto vigente es *pars valoris* o *pars valoris bonorum*; ¿o cómo es posible que por algunos se defienda que el usufructo universal del cónyuge viudo no es óbice para que los hijos puedan exigir el pago de la legítima estricta? Y lo que resulta más llamativo es que a la vista del texto vigente cualquier interpretación parece posible.

Estos y otros problemas que plantea el Derecho sucesorio gallego vienen motivados por el hecho de haberse utilizado dos textos de origen diverso sin conciliar las diferencias existentes entre uno y otro. Junto con lo anterior la Ley de Derecho civil de Galicia se presenta como una disposición que en relación con ciertas materias pretende ser autónoma y autosuficiente. Sin embargo en relación con otras materias se enmarca en el ámbito del Código civil, cuyo régimen en unos casos simplemente se complementa o aclara, mientras que en otros se excepciona de modo parcial. Todo ello choca con la especial sensibilidad del Derecho sucesorio que hace difícil que se pueda incidir en ciertos aspectos del mismo sin que resulte afectado todo el sistema.

* * *

Las razones que se acaban de exponer justificaron que los miembros de la sección

acordásemos orientar nuestro trabajo hacia el análisis del texto vigente con el fin de contribuir a su mejora. Sin embargo también pretendimos hacer algo más. Y es que como puso de manifiesto alguno de sus miembros, la sección no podía en ningún caso renunciar a presentar a este Congreso nuevas propuestas de cara a una eventual reforma de la Ley vigente. Y es que pensamos que dentro del contorno diseñado por el artículo 27 del Estatuto de Autonomía, el artículo 149.1.8.ª de la Constitución y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que lo ha interpretado, no podíamos ni debíamos sustraer al Congreso un debate sobre las diversas cuestiones que plantea la regulación vigente del Derecho sucesorio.

Cumpliendo los plazos prescritos, en la primera semana del mes de octubre la sección concluyó la Ponencia. Las sesiones de trabajo evidenciaron que no había pretensión por parte de nadie de asumir planteamientos o axiomas previos incuestionables. Se trataba de ofrecer ideas, debatir sobre los mismos y acercar posiciones. Así se hizo siempre. Quienes han participado en las jornadas de estos días han podido comprobar que ese mismo planteamiento es el que la sección ha adoptado durante las sesiones de debate. A los miembros de la sección sólo les ha movido el ánimo de servir y en ningún caso el afán de protagonismo u originalidad. Los debates que se han producido estos días han evidenciado, asimismo, que tampoco había divergencias de criterio que no pudieran superarse desde la buena fe y el acercamiento de las distintas posiciones. Se han aceptado las propuestas planteadas, se ha razonado sobre la enmienda que se consideraba conveniente no asumir y siempre se ha tendido la mano al diálogo. Hasta el último momento hemos querido presentar a este pleno una propuesta uniforme en todos los aspectos de la Ponencia pero, por diversos motivos, no ha sido posible.

Ya por lo que respecta al contenido de la Ponencia cabe apreciar que responde a una diversa orientación. Existen propuestas de mejora o aclaración en la redacción del articulado de la Ley. Existen propuestas de reordenación sistemática en relación con ciertas materias. Existen propuestas de integración del texto vigente. Y existen también propuestas que cabe calificar como de desarrollo.

Decía que existen en primer lugar *propuestas de mejora o aclaración* en la redacción del articulado de la Ley. Baste citar al respecto el nuevo contenido que se propone para el artículo 117 que regula los modos de deferir la sucesión, la supresión de la referencia a la capacidad jurídica de los testigos del testamento que por evidente error exige el artículo 136, la redacción que se propone para el artículo 140 que, regulando la revocación del testamento mancomunado, es en su versión actual de difícil lectura, el contenido que se postula para los artículos 159 y 163 referentes a la designación de contador–partidor y a las facultades que le asisten, la diferente redacción que se propone para algunos de los preceptos que regulan el régimen jurídico del usufructo del cónyuge viudo, la referencia que se hace en la partición por los herederos a la facultad que les asiste para encomendar a un tercero la práctica de la partición al fin de que la realice con carácter vinculante para todos ellos, o la supresión de las reiteraciones o duplicidad de artículos en que incurre la Ley vigente. Y al fin de aclaración obedecen también las concreciones que se hacen al régimen del apartamiento en relación con su objeto, la sucesión intestada y la obligación de colacionar. En relación con el objeto se explicita que el apartante podrá adjudicar al apartado "cualesquiera bienes o derechos" con independencia de su valor. En relación con la sucesión intestada se determina expresamente la validez del pacto por el que el legitimario queda excluido, no solo de la condición de heredero forzoso, sino también del llamamiento a la sucesión legal. Y en relación con la colación y al fin de evitar cualquier duda al respecto se propone concretar que, dejando a salvo la dispensa expresa del apartante, lo que se hubiera dado en apartamiento habrá de

traerse a colación si el apartado o sus descendientes concurriesen como herederos a la sucesión con otros legitimarios.

Las *propuestas de integración* del texto vigente son las más significativas de la Ponencia. En este contexto tiene acomodo la regulación íntegra que se ofrece del régimen jurídico de los pactos sucesorios, la contemplación con pretensiones de integridad del testamento mancomunado, el desarrollo del régimen jurídico de las partijas en general y de la partija conjunta en particular, la regulación de la incidencia que habrán de tener los supuestos de crisis matrimonial en las disposiciones testamentarias. O, en fin, también constituye propuesta de integración el régimen jurídico que se pretende para lo que la Ley califica como testamento por comisario. Respecto de esta figura conviene advertir que se decidió no alterar la denominación empleada en el texto vigente para aprovechar la institución, dotándola de una normativa que la vaya aproximando a un verdadero testamento por comisario.

Lo que se ha pretendido conseguir mediante las propuestas de integración es que el Derecho sucesorio gallego pueda ser leído, entendido, interpretado y en su caso completado desde el propio texto legal que lo regule.

Respecto de algunas de las figuras a que se ha hecho referencia la sección aceptó ayer dos propuestas que deben ser consideradas como incorporadas a la Ponencia. Una afecta al testamento mancomunado y la otra a la partición por el testador. Respecto del testamento mancomunado y a la vista de los problemas que puede plantear en orden al Derecho interregional, se acepta la solicitud de prescindir de cualquier referencia al testamento mancomunado otorgado fuera de Galicia. Respecto de la partición por el testador, se aceptó contemplar la rescindibilidad de la partición por causa de lesión en más de un cuarto si hubiera fijación expresa de cuotas en el testamento.

Las *propuestas de reordenación sistemática* afectan de modo básico a tres materias: al usufructo voluntario del cónyuge viudo, al vigente artículo 133 de la Ley y a las partijas.

Respecto a la primera cuestión, la sección estimó que, por su relevancia y dado que puede ser constituido también por medio de testamento, el usufructo del cónyuge viudo debería ser regulado de forma autónoma e independiente de los pactos sucesorios.

Respecto del artículo 133, este precepto regula la interpretación de las estipulaciones contenidas en un pacto de mejora. Se consideró que en cuanto su contenido puede afectar a cualquier pacto sucesorio el artículo 133 debería formar parte de la nueva sección que con el título "disposiciones generales" se propone y a la que ya se ha aludido con anterioridad. Sin embargo entendemos también que al artículo 133 podría otorgársele una redacción más amplia que permitiera su ubicación en el Título preliminar como norma interpretativa e integradora de alcance general.

Y respecto de las partijas se propone la división interna del capítulo que las regula en cuatro secciones: una primera comprensiva de las disposiciones generales de la partición; la segunda regularía la partición por el testador; la tercera la partición por el contador–partidor; y una cuarta sección ordenaría la partición por los herederos.

Ya por lo que concierne a las *propuestas de desarrollo*, éstas afectan a tres materias: a las disposiciones testamentarias, a las legítimas, y a la partición por la mayoría.

En relación con las disposiciones testamentarias, se estimó conveniente proponer la introducción de una sección en la que se tomase en consideración el contenido y trascendencia de algunas disposiciones cada vez más habituales en la práctica. Nos referimos a las disposiciones testamentarias a favor de quien cuide al testador. Y nos referimos también a la disposición testamentaria que tiene por objeto un bien ganancial. En el apartado 4 del parágrafo quinto de la Ponencia se contemplan ambas disposiciones y el tratamiento que la

sección propone al con el fin de solventar los problemas que suscitan en la práctica. En concreto y respecto de la disposición testamentaria de un bien ganancial la solución que se propone pasa por la distinción entre la disposición del bien como cosa ganancial y la disposición del derecho que corresponde al testador en un bien ganancial.

En relación con las legítimas, se presentó en su día a la sección una borrador de propuesta conteniendo una regulación íntegra de la materia. Sin embargo, a la vista de las diferencias que afectaban a cuestiones previas, los miembros de la sección convinimos en centrar el debate en un tema específico; a saber: el alcance subjetivo y objetivo que debería tener el sistema legitimario.

El transcurso de las sesiones evidenció la concurrencia de dos posiciones diferentes: por una parte, la de quienes consideraban que el sistema legitimario no debía ser modificado; por otra, la de quienes opinaban que debía proponerse un sistema de libertad de testar no coartado por sistema legitimario alguno. Después de un extenso y riguroso debate, la sección acordó por mayoría proponer al Congreso una solución intermedia. Es la que se contiene en el parágrafo sexto de la Ponencia, que fue modificada ayer en lo que atañe a la cuantía de la legítima, y a la que después se hará referencia.

¿Cuál es la razón por la que la Ponencia ha hecho esta propuesta sobre las legítimas? No quisiera reproducir aquí los debates de estos días. Tan sólo quisiera limitarme a señalar lo siguiente: la Ley de 1995 dotó al Derecho civil gallego de unos espléndidos cauces para ejercitar la autonomía de la voluntad pero encorsetados en un sistema legitimario con el que son incompatibles y que los hace en gran medida inoperativos. Y es que el Derecho civil de Galicia regula la partición conjunta, el testamento mancomunado, el apartamiento, el pacto sucesorio y el usufructo universal pero haciéndolos jugar en el sistema legitimario rígido del Código civil. Por eso entendimos que había que intentar dotarlas de cauces que permitieran que cobraran verdadera vitalidad. De ahí que se juzgara conveniente enmarcarlas en un sistema legitimario que les fuera más propio. Por el cauce propuesto no se impide a nadie que pueda disponer en la forma y manera que lo hace en la actualidad, ya sea en favor de los descendientes, del cónyuge o de cualquier ascendiente. Tampoco se propicia la disgregación del patrimonio familiar sino que se ofrece una vía idónea para su rendimiento y utilidad. Y es que por el cauce propuesto simplemente se amplía la autonomía de la voluntad, evitando que determinadas figuras propias acaben teniendo un carácter meramente ornamental.

No es posible saber lo que en un futuro se dirá del III Congreso de Derecho Gallego. Lo que sí cabe constatar es que las sesiones de estos dos días han puesto de manifiesto que la sección sexta acertó al no hurtar un debate de esta naturaleza a quienes han participado en el Congreso.

La propuesta que se presenta al Pleno afecta a la determinación de los sujetos a quienes debe reconocerse la condición de legitimarios y al *quantum* de la legítima.

En orden al primer aspecto se propone que el precepto correspondiente considere como legitimarios a los hijos y descendientes de hijos premuertos justamente desheredados o indignos, así como al cónyuge viudo no separado legalmente o de hecho cuando la separación estuviera debidamente acreditada.

En orden a la cuantía, si se tratara de descendientes se entendió que la legítima debía estar constituida por un tercio del haber hereditario líquido. Tratándose del cónyuge viudo, si concurriera con descendientes del causante le correspondería en concepto de legítima el usufructo vitalicio del tercio del haber hereditario. De no concurrir con descendientes del causante, el cónyuge viudo tendría derecho al usufructo vitalicio de la mitad del caudal.

Y llegamos ya, para terminar, a la partición por los herederos. Los miembros de la

sección coincidieron en el hecho de que la regulación vigente de la partición por la mayoría plantea numerosos problemas prácticos que dificultan e incluso impiden su operatividad. Siendo ello así se convino en la necesidad de aprovechar una figura cuya utilidad nadie discute, pero que está necesitada de que se le otorgue un tratamiento legal diferente al actual.

Con este planteamiento, la sección aprobó una redacción resultado de una propuesta presentada por D. JOSÉ SEOANE IGLESIAS y que después fue completada por otra de D. ANTONIO DÍAZ FUENTES.

En virtud de ambas propuestas la sección promueve instaurar al respecto un sistema análogo al del contador–partidor dativo que habrá de tener la condición de abogado ejerciente en el distrito notarial en el que la partición se tramite.

En el apartado quinto del parágrafo 8 se articula el sistema propuesto, teniendo en cuenta que en todo caso quedará sobreseído el expediente si antes de la designación del contador–partidor se hubiera promovido juicio divisorio o admitido a trámite la solicitud de nombramiento de contador–partidor dativo según el artículo 1.057 del Código civil.

* * *

Éste es el contenido básico de la Ponencia objeto de discusión en el ámbito de la sección sexta y con cuya justificación termina mi intervención en este acto. Pero quisiera concluirla mostrando mi agradecimiento a los integrantes de la sección por su talante, a quienes participaron en las sesiones de estos días por su interés, a quienes formaron parte de la Mesa por el modo en que condujeron los debates, así como al Presidente y organizadores de este Congreso por el acierto en promover su celebración».

Después de la intervención del profesor PÉREZ ÁLVAREZ, por la presidencia se concede la palabra al abogado D. ANTONIO DÍAZ FUENTES para que proceda a la defensa de su enmienda al punto sexto de la Ponencia (legítimas), lo que así hace alegando lo que estimó conveniente.

En concreto, el Sr. DÍAZ FUENTES efectuó la defensa de la enmienda reseñada en los términos siguientes:

«Sr. Presidente, Sres. Congresistas:

Debo adelantar, y satisfago al paso la recomendación de brevedad del Presidente, que yo expreso aquí una conformidad total con el dictamen de la Ponencia, en todos sus capítulos menos en el tema de las legítimas. Queda, por tanto, circunscrita mi intervención y mi disidencia a ese capítulo estricto.

Al propio tiempo hago manifestación pública del tono doctrinal excelente y del buen talante con que, dentro de las controversias habidas, se han llevado las deliberaciones. Creo que se hizo en esta Ponencia un trabajo importante y serio, en el que me satisface haber participado, aunque fuera el mío mucho más liviano que el desarrollado por D. MIGUEL ÁNGEL PÉREZ ÁLVAREZ, que en tantas ocasiones llevó sobre sí el peso de la Ponencia.

No quita esto que yo haga aquí alguna alusión, desde esa confrontación de posiciones, a ciertas ínfulas de modernidad o de exaltación del concepto de libertad que se han usado para atribuirlas como característica del texto que queremos enmendar. Debo aclarar que ese alarde nunca fue hecho por el citado portavoz de la Ponencia.

No. La fórmula adoptada por la Ponencia acerca de las legítimas no se acredita por una condición de modernidad. La mejor calificación breve y sintética que yo puedo hacer de esa propuesta es que se trata del sistema legitimario catalán importado al Derecho gallego. Modificado un poco ayer, respecto de la cuantía de la legítima de los descendientes, en el

curso de la comisión, que de una cuarta parte pasó su propuesta a un tercio. Pero sí Derecho catalán puro.

Lo que nos vino proponiendo la Ponencia es, nada más y nada menos, que adoptar la legítima que el Privilegio de PEDRO IV EL CEREMONIOSO en 1333 implantó para el Condado de Barcelona, la legítima teodosiana, que luego en las Cortes de Monzón de 1585, bajo FELIPE II, se extendió a todo el territorio catalán.

De modo que a 400 años del último episodio, o más de 600 desde el de la primera cita, no dan para hacer alarde de modernidad. Sin que esto signifique ninguna descalificación, porque, naturalmente, el pueblo que lo adoptó con tan largo convencimiento hizo seguramente un fecundo uso de su norma, puesto que tantos siglos duró. Pero no se acredita con ello su adecuación para nosotros.

Por otra parte, he tratado de hacer una prospección de Derecho comparado, una pesquisa entre los Códigos de los países de nuestra familia jurídica, por ver si podría marcarse alguna evolución que llevase las cosas en el sentido que indica la Ponencia, y no lo he hallado. Ninguno de los países de nuestro parentesco en materia de Derecho civil se han encaminado por esa dirección. Aunque no se barajan generalmente en esos países europeos las instituciones de legítima y de mejora, sobre todo ésta, que es típicamente española, y galleguísima, a lo que creíamos –por lo que nos parece paradójico tener que defenderla aquí–, en esas legislaciones se habla de porción hereditaria disponible y porción reservada a los descendientes, que viene a ser lo equivalente, en términos prácticos, para nuestro debate.

En Francia, el *Code* (arts. 913 y 914) declara disponible la mitad de la herencia, si no hay más que un hijo; un tercio, si no hay más que dos, y un cuarto solamente, si quedan tres o más hijos.

El Código belga, en artículos de la misma numeración que el francés, reproduce el régimen de éste.

El *Codice* italiano (arts. 537, 538, 540, 542, 544) señala que, habiendo un solo hijo, se le reserva la mitad del patrimonio, y si concurre con el viudo, un tercio a cada uno. Si son más de uno los hijos, les corresponden dos tercios, y si concurren con el cónyuge, la mitad a los hijos y al cónyuge una cuarta parte.

En el Código portugués, que utiliza la expresión ibérica de legítima (arts. 2.158 y ss.), habiendo cónyuge e hijos, la de todos son dos tercios; no habiendo cónyuge y un solo hijo, tiene éste la mitad, y dos tercios si son dos o más hijos.

El Código de Luxemburgo (arts. 913 y 916) establece la reserva obligada para los hijos igual que en el Derecho francés y belga.

De tal manera es fácil llegar a la conclusión de que en todos esos países, en términos generales, no es menor que en el nuestro la parte hereditaria reservada a los descendientes, y en alguna de las hipótesis es claramente mayor; pero lo verdaderamente significativo es que no han sentido la necesidad de modificar sus regímenes cuando han hecho muchísimas reformas de múltiples pasajes de sus Códigos civiles, y alguno renovado enteramente en tiempos relativamente recientes, como el italiano de 1942 o el portugués de 1966.

No implica eso exigencia de imitarlos por nuestra parte, pero me figuro que todos nosotros podemos comprender que la cuestión de reducir las legítimas debe estar directamente relacionada con las posibilidades y nivel de desarrollo socio–económico que el país haya alcanzado, y yo acabo de citar a algunas de las naciones más desarrolladas del mundo, llegando al convencimiento de que una acción legislativa de acortamiento de la legítima de los descendientes tendría que empezar entre los países que ofrecen más alto nivel de vida, mayores posibilidades de empleo y de desenvolvimiento profesional de las nuevas

generaciones, en una sociedad bastante homogénea, para ser menos dependientes del auxilio económico de sus mayores y poder liberar la conciencia de esas sociedades en el sentido de ser menos apremiante o resultar más atenuada la necesidad de apoyo a los descendientes.

¿Es Galicia precisamente la que ha de ser punta de lanza para mostrar a los países europeos de cultura jurídica latina que han de hacer la gran transformación? Nosotros, que no sólo somos un país de más modesto desarrollo, sino también un país muy contrastado, en el que todavía hay enormes diferencias internas, entre litoral e interior, entre sectores productivos, entre lo urbano y lo rural, en nivel de vida e incluso en el estado educativo de la población, distinguirnos en ese campo puede parecer petulancia.

Pero ya tenemos que hacer distingos. Con la modificación ayer del dictamen de la Ponencia, desmarcándose un poco de las pautas catalanas, para llevar la legítima estricta a una tercera parte de la herencia, para mí este tema está cubierto. No postulo más que eso para legítima corta colectiva.

Pero ¿dónde va la mejora? ¿Dónde ha quedado? Ha desaparecido en la propuesta de la Ponencia.

Y la mejora es una institución que ha sido eje fundamental de todo el desarrollo jurídico gallego, en relación con la cual, y unas pocas instituciones más, podemos considerarnos una comunidad de Derecho foral.

La mejora nuestra, tan ligada al concepto de la casa y de la continuidad de la familia, la casa como soporte del desarrollo y de la pervivencia familiar y de la no fragmentación excesiva del patrimonio, ha cumplido un papel extraordinario, lo sigue cumpliendo y no tiene por qué dejar de cumplirlo. Os hago reflexionar sobre el hecho de que nuestra gente está sintiendo hoy más apego a la mejora del que podía tener por ella hace cien años. Y voy a demostrar por qué.

Partimos de una situación inmediatamente anterior al Código civil, en la que los habitantes de Galicia practicaban sus previsiones sucesorias sobre la base de las Leyes de Toro, con un quinto de libre disposición, derivado de la antigua cuota *pro anima*, y cuatro quintos de legítima, dentro de los cuales un tercio era la mejora. De ahí viene la denominación tradicional y enormemente expresiva de una voluntad social y una realidad jurídica que fue *a mellora pola vella o mellora de tercio e quinto*, en la que los gallegos nombramos común y conjuntamente a lo que realmente era mejora, conceptuada como tal en la legislación que le servía de soporte, y además, una porción de libre disposición que hemos asimilado también a la mejora.

En los tiempos posteriores hemos acentuado mucho más esa absorción. La mejora estuvo fagocitando a la parte hereditaria de libre disposición, y no al revés, incluso después de haber crecido la porción libre hasta un tercio –por encima del quinto de antes–

Téngase en cuenta que cuando entró en vigor el Código civil –los notarios saben mucho de esto, porque crearon en Galicia las fórmulas de acomodación de cauces de la legislación positiva a la voluntad popular, en cierto modo heterodoxa con relación al sistema del Derecho común–, la solución a las apetencias del país se ha logrado enlazando con el tercio de mejora, que era lo conceptuado como tal en el artículo 808 del Código civil, el todo o parte del tercio libre, dispuesto por vía de legado, y se llamó mejora también.

Con la Ley de Derecho civil de Galicia de 1995 esa distinción se hizo innecesaria, porque ya los dos ámbitos pueden ser mejora.

Por tanto, la mejora llega a su plasmación máxima precisamente en nuestros tiempos, invadiendo claramente y absorbiendo lo que el Derecho común llama tercio de libre disposición, y no sólo cuantitativamente, sino conceptualmente también, pasando la demanda

y los usos sociales de aquella vieja mejora a otras progresivamente crecientes, entre las que proliferan la mejora de tercio y medio y la mejora de dos tercios.

Y ahora, con la propuesta de la Ponencia, la mejora nos desaparece de la composición de la herencia. Desaparece como mejora porque ya no está reservada a los descendientes. Se nos proponen dos tercios de libre disposición, con lo que no sólo se abre desmesuradamente la disponibilidad para extraños, habiendo descendientes, sino que se invierte claramente la tendencia popular expansiva de la mejora.

No me vale que cuando se habla de los pactos sucesorios se citen los de mejora, junto con el apartamiento y el usufructo voluntario del viudo. No me vale, sino que entraña una rotunda contradicción. Pero ¿qué mejora, si no hay cuota de mejora en la herencia? Los que defienden esa posición, después de reservar la cuota de legítima corta y hacer de ella, como se verá, una mera *pars valoris*, lo que deberían de hacer, a fuer de sinceros, para lo demás de la herencia sería decir *heredament*, que es lo que vendría a ser, hablando sin rebozo.

Podrá decirse que con esa disponibilidad también cabe hacer disposiciones discriminatorias entre los hijos. Pero la mejora no es sólo un concepto cuantitativo de reparto. La mejora tiene un valor institucional y tiene matizaciones jurídicas, que no está en la conciencia de la gente hacerlas desaparecer.

En el desenvolvimiento de mi profesión de cara al público, puedo proclamar que no he percibido ninguna demanda social de que la fijación de las personas que se consideren legitimarios o la cuantía de esas legítimas, y, sobre todo, la legítima amplia, aquella cuota mayor destinada a los descendientes, pero de distribución libre entre ellos por parte del causante, deban ser alteradas, reducirlas, descalificarlas o hacerlas desaparecer, no sólo en la cantidad, sino en el concepto jurídico. Con respecto a la mejora, lo que hay es tendencia a ensancharla, a inflar la institución. Es lo que está marcando el hecho social en los tiempos presentes, lo que adquiere predominio.

Pero hay una consideración más. El texto de la Ponencia ha venido mostrando una cierta cautela, una apariencia de moderación y, de alguna manera, un poco de disimulo acerca de sus objetivos. Pero las consecuencias que se derivan de ella son muy radicales, sobre todo en relación con el concepto de la legítima como *pars valoris*. El objetivo que con ello se busca es que haya un heredero, que ese heredero pague las legítimas en dinero, que el legitimario nunca sea un comunero en el patrimonio de la herencia, sino que su participación se convierta en un simple crédito y, como consecuencia, quedará deslegitimado para promover el juicio divisorio. Lo único que se le reservaría, como muestra el *Código de sucesiones por causa de muerte* en Cataluña, es una acción en juicio ordinario para pedir el suplemento de legítima, si considera que el heredero no le ha fijado su importe con justicia; procedimiento acaso más costoso de lo que valga el complemento pendiente, porque requiere la valoración total de la herencia y la complicada operación de liquidarla para el cálculo de la legítima, prácticamente a costa de quien la pide, en contraste con el juicio divisorio en el que se distribuyen los gastos entre todos los interesados en proporción a sus haberes.

Piénsese en el grado de desprotección que se ocasiona a esos legitimarios, que se verán forzados a transigir con lo que el heredero les ofrezca o promover un proceso declarativo, acaso para discutir el importe de una cuota hereditaria pequeña. Es fácil de pronosticar que todo legitimario habría de soportar un seguro decrecimiento sistemático de la legítima, al capricho o a la estrategia del heredero, que es quien hace su primera y subjetiva valoración, con tal que no le escatimase tanto que ya le resultara rentable decidirse a discutir el valor real de la misma.

El sistema provocaría una denegación indirecta de tutela judicial efectiva.

Por eso me causaban asombro estos días de debate ciertos cantos a la luna con invocación de la libertad, como si se tratara de exaltar las libertades políticas. Libertad, sí, pero para la libertad, en este plano civil, hay que establecer el buen marco dentro del cual se desenvuelvan las libertades de todos. Oí hablar del derecho a la propiedad y a la herencia, pero todos sabemos que la propiedad tiene una función social y el hombre, unos vínculos familiares, y me parece que el reconocimiento de la familia en la sucesión fortalece el aspecto social de la sucesión. Por el contrario, la orientación hacia el heredero único es un signo de marcado individualismo. La libertad sucesoria llegó en Galicia a una fórmula intermedia entre otros Derechos forales y el Derecho común. Libertad en el uso del pacto sucesorio, en el pago de legítimas en dinero, si lo ordena el testador con el objetivo de mantener la unidad de la explotación, en la permisión del testamento por comisario, en el testamento mancomunado, en el usufructo universal del viudo, en la posibilidad de que la legítima se satisfaga, no por vía de herencia, sino de legado, de donación o por cualquier otro título de atribución –en esto ha sido el Derecho común el que también ha evolucionado–, en el poder de apartar al legitimario en vida; pero, en cambio, no se ha llegado nunca a la idea de abolir la legítima ni de convertirla en una atribución nominal o insignificante y siempre se ha querido compatibilizarla con la mejora.

La familia, antes que una relación de derecho, es una relación de comunidad, en la que no es extraño que la misma creación o conservación del patrimonio sea fruto del esfuerzo y la colaboración de sus miembros, cuando menos bajo las condiciones de convivencia y de complacencia en que participen. A este respecto, conservar instituciones como la compañía familiar gallega, que es un sistema de cooperación económica y, por tanto, de formación de patrimonio, y sin embargo, cuando regulamos la sucesión de sus miembros, rebajar el régimen de legítimas a un resultado casi nominal y desplazar la función de la mejora, tratando dos tercios de la herencia como cuota de libre disposición y abriendo hasta tal extremo la posibilidad de disposición en favor de extraños, habiendo descendientes, nos parece excesivo y acarrea peligro considerable de que personas que se hallen en edad caduca, sujetas a enormes dependencias humanas y orgánicas, se vean sometidas a captaciones de voluntad, que no se van a inventar ahora –ya las hay, ya las había–, pero mientras las había y se hacían por caminos tortuosos, negocios fraudulentos *inter vivos* y simulaciones, podían ser corregidas por los tribunales. Cuando se hagan al amparo de la gran disponibilidad de dos tercios de la herencia para cualquier advenedizo, con el respaldo de la ley, los tribunales no podrán evitarlas.

ALONSO MARTÍNEZ dejó dicho el argumento decisivo: "no es justo y bueno en sí un sistema que permite enriquecer a un extraño a expensas de la familia". Es cierto que los sentimientos y deberes de la naturaleza suelen ser impulsos suficientes para que el padre no disipe en perjuicio de los hijos, pero las normas son para los casos de abuso o perversión y una buena referencia legal sirve muchas veces para que el causante no haga lo que no desea, en la edad más débil y sugestionable de la vida, apremiado por presiones ocasionales, en todo caso más odiosas y perturbadoras que las reglas prudentes de la ley, que en nuestro Código son suficientemente eclécticas (libertad absoluta de disposición de una buena parte, el tercio; asignación libre de otro entre descendientes, y sólo un tercio atribuido de manera forzosa e igualitaria), que responden a un equilibrio de intereses y objetivos, el mismo de toda el área de Derecho común, el más amplio contingente de población española, y análogo al de los países de nuestra afinidad socio–cultural.

Pretender la especialidad jurídica sólo porque sí, por buscar la diferenciación artificiosa o por mimetismo a otra comunidad de la que nuestra historia jurídica siempre ha diferido, no

parece convincente en absoluto.

En cuanto a la legítima de los ascendientes, que está implantada únicamente con carácter subsidiario, a falta de descendientes, su supresión parece claramente desacertada en una sociedad especialmente envejecida, que tiene invertida la pirámide de edad. Implica la desprotección del colectivo que se halla en mayor riesgo de debilidad y abandono.

Muchas gracias por su atención».

Y terminada la intervención del Sr. DÍAZ FUENTES, por la presidencia se somete a votación los tres primeros puntos o partes de la Ponencia, con el resultado siguiente:

- Votos a favor: ciento cuarenta y dos (142).
- Abstenciones: diez (10).
- Votos en contra: seis (6).

Quedan aprobados los tres primeros puntos de la Ponencia, según manifiesta la presidencia.

Se concede la palabra al profesor REBOLLEDO, el cual felicita al Sr. DÍAZ FUENTES por su intervención, si bien alega que carece de fundamentos jurídicos y sí los tiene políticos; que él también conoce la realidad jurídica gallega, sosteniendo que la mejora está en la voluntad de los padres.

Interviene un congresista que no se identificó exponiendo que el sistema francés hace escalonamientos en cuanto a la mejora.

Se concede la palabra al abogado D. JOSÉ LUIS LÓPEZ MOSTEIRO, para sostener que la mejora no es obligatoria.

No habiendo más intervenciones, por el Sr. Presidente se acuerda proceder a la votación de la enmienda, lo que da el siguiente resultado:

- Votos a favor de la enmienda: ciento quince (115).
- Votos en contra: cincuenta y nueve (59).
- Abstenciones: nueve (9).

Por la presidencia se declara aprobada la Ponencia integrando en la misma la enmienda aprobada.

Y en cuanto a la Sección Séptima, por la presidencia se concede la palabra al Excmo. Sr. D. MODESTO BARCIA como Presidente de la Mesa de dicha sección (Temas libres) procediéndose por el mismo a dar lectura de las conclusiones de las distintas comunicaciones, cuyo texto se incorpora a esta acta.

No existiendo intervención alguna por la presidencia se someten a votación las conclusiones, las cuales se aprueban por unanimidad de todos los congresistas asistentes.

Y no existiendo más asuntos que tratar, por el Excmo. Sr. Presidente, después de agradecer a todos los congresistas su asistencia e intervención, da por terminada esta Sesión Plenaria del III Congreso de Dereito Galego y por finalizado el Congreso, siendo las quince horas y veinte minutos, de todo lo que yo, Secretario, doy fe con el Visto Bueno del Excmo. Sr. Presidente.

CONCLUSIONES

DEL

III CONGRESO DE DERECHO GALLEGO

CONCLUSIONES DE LA SECCIÓN PRIMERA

«RAMÓN CARBALLAL PERNAS»

PRINCIPIOS, FUENTES Y RECURSO DE CASACIÓN

PRIMERA.– En materia de recurso de casación civil:

El Pleno hace suyo el texto articulado presentado por la Ponencia, a cuyo tenor:

Artigo 1

Son susceptibles de recurso de casación ante a Sala do Civil e Penal do Tribunal Superior de Galicia as sentencias dictadas en segunda instancia polas Audiencias Provinciais de Galicia, calquera que sexa a contía e o asunto litixioso, pero sempre e cando o recurso se funde en algún dos motivos sinalados no artigo seguinte.

Artigo 2

1. O recurso de casación fundarase necesariamente en algún ou algúns dos seguintes motivos:

1.º Infracción das normas do ordenamento xurídico civil de Galicia aplicables para resolveren as cuestións obxecto do proceso.

2.º Infracción da doutrina xurisprudencial establecida polo Tribunal Superior de Xustiza ou, no seu caso, polo Tribunal Supremo, relativa ó Dereito civil de Galicia e aplicable para resolve–las cuestións obxecto do proceso.

2. O coñecemento do recurso de casación corresponde igualmente ó Tribunal Superior de Xustiza cando, ademais de fundarse en algún dos motivos sinalados no número anterior, se funde na infracción de normas ou xurisprudencia do Dereito civil común aplicables para resolve–las cuestións obxecto do proceso.

Artigo 3

Suposto que a competencia para coñecer do recurso de casación corresponda ó Tribunal Superior de Xustiza, en virtude do establecido nos artigos anteriores, a resolución recorrida poderá tamén impugnarse polos motivos e na forma prevista no artigo 469 da Lei de Axuizamento Civil respecto do recurso extraordinario por infracción procesual.

Artigo 4

As costas procesuais do recurso serán impostas polo Tribunal á parte recorrente que interpoña o recurso con temeridade ou mala fe, e vexa rexeitadas tódalas súas pretensións, razoándoo expresamente na sentencia que se dicte.

Disposición Adicional

En todo o non previsto nesta Lei, e mentres non se opoñan á mesma, rexerán as normas sobre os recursos de casación e de infracción procesual contidas na Lei 1/2000, de 7 de xaneiro, de Axuizamento Civil.

Disposición Transitoria

Serán recorribles en casación, con arranxo ó disposto na presente Lei, as sentencias dictadas en segunda instancia polas Audiencias Provinciais de Galicia despois da súa entrada en vigor.

Disposición Derradeira

Esta Lei entrará en vigor ó mes da súa publicación no Diario Oficial de Galicia.

SEGUNDA.– En materia de fuentes del Derecho civil de Galicia:

Se apueba igualmente el texto articulado presentado por la Ponencia, de acuerdo con el cual:

Art. 1.º– Determinación das fontes do Dereito civil de Galicia

As fontes do Dereito civil de Galicia son: o Estatuto de Galicia; os costumes e os usos propios de Galicia, cando uns e outros non sexan contrarios ás Leis de natureza imperativa e os usos gocen de forza normativa; esta Lei, como Dereito civil común por razón da materia, e as demais Leis de Dereito civil de Galicia; os principios informadores do Dereito civil de Galicia, xa emanen estes das súas concretas normas, da súa tradición ou das convicción xurídicas básicas do pobo galego.

Art. 2.º– Proba do costume

1. Os órganos xurisdiccionais poden practicar, en calquera caso, tamén de oficio, a proba da existencia e contido dos usos e costumes referidos no artigo anterior.

2. Os usos e costumes notorios non requirirán proba. Son notorios, ademais dos usos compilados, os aplicados polo Tribunal Supremo, o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, pola antiga Audiencia Territorial, ou calesquera outros dos que exista constancia obxectiva do seu coñecemento xeneralizado.

Art. 3.º– Interpretación do Dereito civil galego

O Dereito civil galego interpretarase desde os principios xerais que o informan e os seus costumes e usos con forza normativa. Debendo ponderarse especialmente a doutrina reiteradamente establecida, polos Tribunais referidos no artigo anterior, ó aplicar o Dereito civil de Galicia, e a doutrina que encarne a tradición xurídica galega.

Art. 4.º– Integración do Dereito civil galego

Faltando dentro do Dereito civil galego normas aplicables directa ou analoxicamente, procederase á súa heterointegración coas normas constitutivas do Dereito territorial común de España, sempre que non se opoñan ós principios informadores do Dereito civil de Galicia, e non se poda deducir destes unha solución para o suposto de que se trate.

Art. 5.º–Ámbito

1. Material. O Dereito civil de Galicia está integrado por tódalas súas institucións, xa estean ínsitas en calquera das súas normas ou conexas con aquelas.

2. Territorial. O Dereito civil de Galicia aplicarase a tódalas relacións xurídicas que constitúan o obxecto da súa regulación, cando a vinculación territorial dos respectivos puntos de conexión, indicados polas normas destinadas a resolve–los conflictos de Leis no espacio, o sexa co territorio da Comunidade Autónoma galega.

CONCLUSIONES DE LA SECCIÓN SEGUNDA

«MANUEL IGLESIAS CORRAL»

PERSONAS Y FAMILIA

PRIMERA.– Instar la regulación de la institución de la autotutela.

SEGUNDA.– Introducir un nuevo precepto en la Ley de Derecho civil de Galicia, que permita a que los que no tienen la vecindad civil gallega, pero residan de forma permanente en Galicia, acogerse a sus normas, e igualmente que, en los casos de vecindad mixta, habiendo matrimonio, puedan los esposos optar por una u otra vecindad civil.

TERCERA.– Modificar la redacción de los artículos 6, 7 y 8 de la Ley de Derecho civil de Galicia en el sentido de facilitar la declaración de ausencia de hecho a través de un acta de notoriedad, que implique la autorización para los actos de administración normales de carácter urgente de los bienes del ausente, si bien los actos de disposición seguirán bajo la tutela judicial.

CUARTA.– Modificar el articulado regulador de la compañía familiar gallega en el sentido de no circunscribirla al ámbito rural, ampliando su regulación al comercio e industria familiares, exigiendo una voluntad expresa de las partes y sugiriendo la creación de un registro administrativo a efectos de publicidad. Introducir como causa de extinción o modificación de la compañía la separación, divorcio o nulidad del matrimonio de los partícipes. Y finalmente, establecer que los componentes de la compañía familiar gallega sean, no sólo los cónyuges, sino también los miembros de las situaciones de hecho asimilables al matrimonio.

QUINTA.– Supresión de la expresión "transacción judicial" del artículo 113.1 de la Ley de Derecho civil de Galicia, que hace referencia a la modificación del régimen matrimonial a través de la transacción judicial, por entrar en contradicción con la prohibición expresa del Código civil de la transacción en cuestiones que versan sobre el estado civil de las personas.

SEXTA.– Proposición de una nueva regulación de las donaciones por razón de matrimonio, con arreglo a las siguientes pautas:

1. Perfilar el concepto, aproximándolo al del Código civil, si bien recogiendo la especialidad de que puedan hacerse después de celebrado el matrimonio
2. Diferenciar claramente los efectos de la donación de los bienes presentes de la de bienes futuros.
3. Establecer que las donaciones por razón de matrimonio puedan modalizarse, sujetándolas a condición.
4. Adecuarla a la regla, ya recogida en el Código civil, de que las donaciones hechas a los dos esposos conjuntamente y sin especial designación de partes, tendrá la consideración de ganancial si la liberalidad es aceptada por ambos.
5. Recoger exhaustivamente las causas de ineficacia.

SÉPTIMA.– Que se inste al legislador gallego que todas aquellas referencias que en la legislación foral se hagan al matrimonio en sentido estricto se extiendan a todas las parejas de hecho o asimilables al matrimonio.

CONCLUSIONES DE LA SECCIÓN TERCERA

«SEBASTIÁN MARTÍNEZ RISCO»

DERECHOS REALES

PRIMERA.– En relación con las formas constitutivas de la servidumbre de paso:

1. La necesidad de abordar una nueva regulación de la servidumbre de paso en la Ley de Derecho civil de Galicia adecuada a nuestra realidad social.
2. La procedencia de la modificación del artículo 25 de la Ley de Derecho Civil de Galicia para hacer referencia, dentro de las formas adquisitivas de la servidumbre, a los negocios jurídicos unilaterales. Se acepta como redacción del artículo 25 la del artículo 82 del borrador de la reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia: "a servidume de paso adquírese por lei, por dedicación do dono do predio servente, ou por negocio xurídico. Tamén pode adquirirse por usucapión".
3. Dejar expresa constancia de la necesidad de que se refleje legislativamente que el consentimiento del dueño del predio sirviente, a los efectos constitutivos de la servidumbre de paso, puede exteriorizarse, tanto de forma expresa como tácita, a través de actos o hechos concluyentes.
4. La posibilidad y conveniencia de utilizar como técnica legislativa, en la anunciada reforma de nuestra Ley de Derecho civil de Galicia, la presunción *iuris tantum* de la existencia del título constitutivo de la servidumbre de paso. En este sentido no se ve inconveniente en aceptar la fórmula prevista en el borrador de reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia, que considera como tal "se o propietario dun terreo procede ao peche deste, respectando o camiño e o tránsito que por el se veña realizando e deixando o paso na súa parte exterior".
5. Presunción *iuris tantum* de la existencia del título constitutivo de la servidumbre en los supuestos de finca enclavada sin otra salida a la vía pública, y cuyo uso continuo se venga utilizando a la vista, ciencia y paciencia del titular del predio sobre el cual se realiza el paso, sin

perjuicio, en su caso, del derecho de éste a reclamar la correspondiente indemnización, salvo prescripción.

6. El ejercicio de la acción constitutiva de la servidumbre forzosa de paso no exige la necesidad, a los efectos de la adecuada constitución de la relación jurídica procesal, de la interpelación de todos los titulares de las fincas colindantes, quedando el litisconsorcio perfectamente constituido con el llamamiento al proceso de aquellos propietarios en cuyas fincas concurran los requisitos de menor distancia y perjuicio, a los efectos de la valoración judicial de tales circunstancias.

SEGUNDA.– Sobre la acción negatoria de servidumbre de paso:

Se propone establecer un plazo de prescripción de la acción de treinta años.

TERCERA.– En relación con la servidumbre forzosa de paso:

1. Se considerará finca enclavada la que carece de acceso suficiente a camino público transitable atendiendo a las necesidades permanentes de explotación, uso y disfrute del predio, conforme al destino económico que tenga en el momento de solicitarse la imposición de la servidumbre de paso, sea rústico, urbano, industrial o comercial, siempre que el acceso solamente sea posible a través de otros predios de ajena pertenencia que los separan de camino público, y sobre los que el legitimado para pedir la constitución de la servidumbre carece de otro título que le permita a él y a los usuarios del fundo efectuar el tránsito.
2. El propietario, el copropietario, el poseedor en concepto de dueño y el titular de un derecho real de uso y disfrute de una finca enclavada entre otras ajenas podrá exigir la constitución forzosa de servidumbre de paso por los predios vecinos.
3. Si adquirida una finca por venta, voluntaria o no, permuta, partición o cualquier otro título oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*, quedare enclavada entre alguna del transmitente o partícipe, éste y sus causahabientes, sean a título universal o particular, están obligados a constituir servidumbre de paso sobre los predios sin indemnización, salvo que respecto de ésta se hubiese pactado lo contrario. En el supuesto de que la servidumbre no se hubiese establecido en el momento de la enajenación o división, podrá exigirse su constitución forzosa.
4. El propietario del fundo sirviente podrá solicitar la extinción de la servidumbre forzosa si el paso deja de ser necesario para el predio dominante por haberlo reunido su dueño a otro que esté contiguo a camino público o se haya abierto uno nuevo que dé acceso a la finca enclavada, devolviendo lo que hubiese recibido por indemnización. A estos efectos, se considerará servidumbre forzosa la constituida por negocio jurídico, signo aparente o usucapión, si en el momento de su constitución o adquisición el predio dominante estuviera enclavado. Igualmente se considerará a tales efectos servidumbre forzosa la constituida voluntaria o judicialmente como consecuencia del enclavamiento

del fundo posterior a la enajenación o división.

CUARTA.– En materia de serventías:

1. Necesidad de establecer –quizá plasmándola legislativamente– una clara distinción entre las dos posibles figuras o tipos de serventía: serventía común o general y serventía alternativa de agra, o de año y vez, en denominación doctrinal, que se presenta como primitivo tipo específico y autóctono de esta Comunidad.
   Con tal finalidad, parece oportuno intentar establecer una definición lo más rigurosa y clara posible, en la que se contengan los caracteres fundamentales de las dos figuras o tipos indicados.
   Para ello, y tomado en consideración las aportaciones que, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, se han venido formulando hasta el momento presente, se proponen las definiciones contenidas en la ponencia.
2. Necesidad de establecer, en conexión con lo indicado anteriormente, dos distintos tipos de presunciones, una para la serventía común o general; y otra, para la serventía alternativa de agra.
   Tal propuesta encuentra su justificación en las diversas características que, como ya se ha indicado, concurren en ambos tipos separándolas.
3. Oportunidad de sugerir al legislador gallego, en el supuesto de que el mismo procediese a efectuar una revisión o reforma de la vigente Ley de Derecho civil de Galicia, la toma en consideración de determinados aspectos, que incidirían sobre la regulación jurídica sustantiva y procesal de la serventía en sus dos variantes (serventía común o general y serventía alternativa de agra), y de las que se carece de norma al efecto.
   Entre dichos aspectos, a título ejemplificativo, se señalan los siguientes posibles:
   - Relaciones jurídicas de uso y aprovechamiento de las serventías por sus cotitulares.
   - Formas de constitución y extinción de ambas figuras o tipos de serventía.
   - Posibilidad de variación o cambio del trazado originario de la serventía (*ius variandi*).
   - Régimen de gastos: criterios de toma de decisiones en torno a los mismos y medida de reparto.
   - Acciones ejercitables en materia de serventía.

QUINTA.– En relación con las distancias en las plantaciones:

Se propone la introducción de los necesarios elementos legislativos de imperatividad, en orden a una mayor uniformidad de las ordenanzas en materia de distancias, armonizándolo con los usos y costumbres.

CONCLUSIONES DE LA SECCIÓN CUARTA

«MANUEL ARTIME PRIETO»

MONTES

PRIMEIRA.– En relación cos montes veciñais en mancomún:

SITUACIÓN ACTUAL:

Podería salientarse que a regulación xurídica actual se debe ao labor, fundamentalmente, da xurisprudencia galega, sobranceando o papel que historicamente desenvolveu, e actualmente desenvolve, tanto a antiga Audiencia Territorial da Coruña, coma o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia.

ANÁLISE DA REGULACIÓN XURÍDICA:

1. Concepto:

Entendemos que deben subliñarse catro caracteres básicos:

- O seu carácter exclusivo e intrinsecamente privado.
- A titularidade colectiva.
- O aproveitamento en común.
- O carácter "consuetudinario", con independencia da caracterización xeomorfolóxica do monte, calquera que fose o seu destino.

2. Natureza:

- A súa titularidade é sempre sen cotas de ningunha clase.
- Indivisible.
- Imprescritible: *ad intra* e *ad extra* da comunidade titular.
- Inalleable.
- Inembargable.

3. Comuneiros:

É necesario precisa–lo concepto baixo os parámetros seguintes:

- Residencia de feito como concepto exclusivamente "fáctico".
- Indiferencia da profesión de quen ten a condición de veciño.
- Vinculación dalgunha forma á "casa".

4. Elemento obxectivo:

Parece evidente que o "monte veciñal" é solo rústico, pero a identificación co aproveitamento forestal decepa múltiples opcións de aproveitamento (agrícola, pecuario, cinexético, turístico, de producción de enerxías anovables, etc.). Por tanto sería necesario precisar tal cuestión, obviando a restricción, que se establece no anteproxecto de Lei de ordenación urbanística e protección do medio rural de Galicia.

5. Réxime xurídico:

Deberan de recupera–lo seu papel histórico de fonte de ingresos da comunidade e factor que dinamice a vida delas, polo que deberían introducirse as seguintes innovacións:

- Potenciación da capacidade xurídica da comunidade. Podería por tanto ser positivo un recoñecemento explícito da súa posibilidade de adquisición de todo tipo de bens, mobles e inmobles.
- Reconsideración das condicións da cesión temporal para face–la máis operativa.
- O dereito de superficie habería de experimentar un alongamento do prazo.
- Actualiza–lo réxime da permuta de terreos.

6. A organización das comunidades:

- Simplificación dos requisitos nas convocatorias da comunidade.
- Reforza–las funcións da xunta rectora.
- Incidir na normativa de contratación e validez da xunta universal.

É dicir, posibilidade de que tódolos comuneiros reunidos fixen o orde do día e poidan proceder a celebrar xunta universal e toma–los acordos que estimen oportunos.

7. Estatutos:

Cabería habilitar un modelo predeterminado de carácter subsidiario.

8. Relación coa Administración:

É preciso que a Administración, en relación cos Montes Veciñais en Man Común, artelle as seguintes actuacións:

- Ultima–la clasificación dos montes.
- Proceder a un inventario deles.
- Derrego de oficio, ou a instancia da comunidade, a cargo da consellería competente na materia.
- Elaboración real dun plan de aproveitamentos.
- Na medida do posible, dotacións orzamentarias para fomenta–la explotación dos montes.

- Desenvolvemento de actuacións formativas das comunidades e subministración de apoio.

9. Fiscalidade:

Só sobre o aproveitamento, e como calquera comunidade.

10. Indicacións para unha nova regulación:

A) Estímase conveniente a aprobación de normativa legal de carácter disciplinario para dar cobertura ás posibles regulacións estatutarias sobre esta materia a exercer pola xunta rectora sobre os membros da comunidade.

B) Creación do Consello de Montes de Galicia. Trataríase dun organismo con personalidade xurídica propia, incardinado dentro da Administración institucional independente, con estructura, composición e funcións, que se detallan na proposta que se expresa a continuación:

Consello de Montes de Galicia:

Os montes veciñais, en comunidade romana ou xermánica, perténcenlles obviamente ós veciños e non a ningún ente público territorial dos que apareceron en Galicia na terceira década do século XIX, cando eses montes levaban na súa configuración xurídica moitos séculos de andaina; así e todo, esa pertenza particular non pode agocha–la realidade de que pola súa extensión territorial, polas súas posibilidades económicas, polo seu valor ambiental constitúen un elemento de gran transcendencia para o país galego e os seus intereses xerais; prodúcese, xa que logo, unha situación de presencia do que hoxe se coñece por todos como unha función social da propiedade, que induce ao ordenamento xurídico a dictar normas tendentes a darlle entrada na regulación dos seus contornos, sen destruír, por iso, os dereitos dos propietarios, mais reconducindo o exercicio destes, que fora descoñecedor desa transcendencia, e remediando os casos nos que se produza un abandono. Encomenda–la consecución das esixencias desa función social, coma ata agora veu sucedendo, ao coidado de organismos administrativos de carácter técnico, supón esquece–la capacidade dos que resultan verdadeiramente cualificados para tomar decisións nos aspectos públicos (territorial, económico e ambiental) ós que vimos de facer mención, decisións que efectivamente levarán despois á práctica, nas concretas liñas nelas marcadas, os profesionais técnicos que correspondan. Diante diso, xurde a idea de que sería precisa a creación dun organismo colexiado composto de coñecedores dos diversos campos antes referidos, organismo non numeroso na súa composición para conservar unha rápida capacidade decisoria e independente na súa actuación e toma de resolucións, para que fose un verdadeiro organismo de país, que podería chamarse Consello de Montes de Galicia, encadrado na chamada Administración institucional independente, composto de cinco membros de cualificado coñecemento na materia, nomeados para cinco anos prorrogábeis, cun secretario e dúas asesorías, a xurídica, desenvolvida polo secretario, ademais das súas funcións propias, e a técnica de carácter forestal; por suposto, cos medios precisos para desenvolve–las tarefas que ao referido Consello se lle asignan. As funcións dese Organismo poderían se–las seguintes:

- Inventario de tódolos montes, tanto dos montes en mancomún, como dos de propiedade romana, con detallada identificación física de cada un.
- Proposta da unidade mínima forestal.
- Cualificación dos montes en mancomún; a súa delimitación territorial; e aprobación dun estatuto modelo para os que, requiridos os seus titulares, non o aprobasen.
- Declaración formal, con audiencia dos interesados, do estado de abandono dun monte veciñal.
- Xestión dos montes veciñais que foran declarados en abandono, e que lles será devolta ós interesados de presentar un plan racional de explotación. A xestión dos montes en estado de abandono sería ofrecida previamente á parroquia, cando se tratase dun monte de un ou varios lugares dela.
- Proposta de planeamento forestal xeral dos montes veciñais. Tamén o de cada monte veciñal, cando non for programado polos interesados, previamente requiridos.
- Formación do proxecto anual de orzamento sobre os investimentos derivábeis dos referidos xestión, planeamento e demais funcións que competen ao Consello.

O nomeamento dos vocais do Consello poderíase encomendar a elección do Parlamento en maioría cualificada.

A entrada en funcións do Consello suporía a supresión dos actuais xurados provinciais na materia, e dos demais organismos administrativos relacionados con esta, no que resulte competente o dito Consello.

C) O Congreso insta á Xunta de Galicia a rematar urxentemente a clasificación dos montes veciñais pendentes; a estrema–lo perímetro destes nun curto prazo; e a liquida–los consorcios coas comunidades, asinando no seu canto os convenios previstos na lexislación vixente, enchéndoos de contido e cumprindo as disposicións orzamentarias que, aínda coas axudas da Unión Europea para abandono das terras, non se cumpren.

Faise así mesmo un chamado á Xunta de Galicia e ós grupos parlamentarios para que en futuras iniciativas lexislativas sobre ordenación territorial e máis as facendas locais se transfira os montes comunais de titularidade dalgúns concellos ás parroquias correspondentes ou ós grupos sociais das que procedere, garantindo, en todo caso, un réxime normativo que permita o seu aproveitamento veciñal ao abeiro de principios análogos ós que rexen os montes veciñais en man común.

Faise tamén un chamado ó Ministerio de Xustiza, Dirección Xeral de Rexistros e Grupos Parlamentarios para que insten as reformas pertinentes dos artigos do Regulamento hipotecario para adecualos ó Dereito civil de Galicia.

SEGUNDA.– En relación cos montes en comunidade de tipo romano:

Coñecidos comunmente como montes de varas, de voces ou de fabeo, corresponden a comunidades con cotas, nas que tanto o monte coma as cotas son alleables, divisibles e susceptibles de prescrición. Deberán rexerse polo costume do lugar, e

subsidiariamente pola lei. Ao ser polo xeral aplicable, no réxime desta comunidade, o retracto de comuneiros deberá excluírse cando as participacións do monte se allean xunto cun casarío do lugar. A división realizarase por cotas acreditadas e, no seu defecto, a partes iguais.

CONCLUSIONES DE LA SECCIÓN QUINTA

«PEDRO GONZÁLEZ LÓPEZ»

OBLIGACIONES Y CONTRATOS

PRIMEIRA.– En relación co arrendamento rústico ordinario no Dereito civil galego o Congreso asume as seguintes conclusións:

1. O principio da autonomía da vontade en materia arrendaticia.
2. Que na futura normativa arrendaticia galega se inclúa expresamente como fonte o Código civil como norma supletoria de preferente aplicación.
3. Estimar como suficiente para o outorgamento do contrato arrendaticio a capacidade xeral para contratar, o que non se contradí coa utilidade ou conveniencia de que o arrendatario sexa un agricultor profesional.
4. No referente á duración do contrato parece oportuno o mantemento do actual sistema de pactos e prórrogas, coa determinación dun período supletorio para o único caso de ausencia de convenio entre os contratantes.
5. En canto a obras e reparacións, distinguir só as reparacións necesarias (art. 42 Lei 4/1995).

SEGUNDA.– No tocante á Proposición de reforma da Lei 3/1993, de 16 de abril, das aparcerías e arrendamentos rústicos históricos de Galicia:

1. Finalizada a derradeira prórroga no 31 de decembro do ano 2005, non deben outorgarse máis prórrogas.
2. Merecen ser revisados dous aspectos da Lei 3/1993:
   - Un máis preciso clarexamento das condicións de exercicio de acceso á propiedade (sempre antes do 31 de decembro do 2005).
   - Introducción dunha compensación económica de carácter automático ó arrendatario ou parceiro histórico que non podendo ou non querendo exercita–lo seu dereito de acceso á propiedade se vexa compelido polo propietario a abandonalas.
3. Polo que respecta ó dereito de acceso á propiedade proponse a facilitación da proba da antigüidade do arrendamento ou da parcería introducindo unha presunción legal "iuris tantum" que na práctica supón unha inversión da carga da proba. Clarexamento da esixencia da condición de cultivador persoal das fincas para evitar oscilacións e cambios xurisprudenciais sobre a interpretación de tal concepto.

4. A teor do anterior faise por proposta a nova redacción dos artigos 6 e 8 da Lei 3/1993 nos seguintes termos:

"Artículo 6. *1. Hasta el cumplimiento de la fecha indicada en el artículo anterior, el arrendatario o aparcero histórico* que venga cultivando personalmente las fincas en los términos del apartado cuarto de este artículo, *podrá ejercitar el derecho de acceso a la propiedad de las fincas llevadas en arriendo o aparcería, incluida la vivienda si fuese el caso, pagando al propietario un precio que será la cantidad resultante de la media aritmética entre la valoración catastral y el valor en venta actual de tierras análogas por su clase y situación en el mismo término municipal o comarca.*

2. La determinación del precio se hará por el Juzgado, después de solicitar informe a la Junta de Estimación correspondiente y la práctica de la prueba pericial contradictoria en el proceso de acceso. En el supuesto de existir acuerdo entre las partes en cuanto al acceso pero no en cuanto al precio, éste se someterá a la citada Junta de Estimación Provincial.

Las Juntas de Estimación Provinciales de las Aparcerías y de los Arrendamientos Rústicos Históricos, que se crean por la presente Ley tendrán la siguiente composición (...) [Igual que en la redacción original].

3. A efectos del ejercicio del derecho de acceso a la propiedad, la condición del arrendamiento rústico histórico podrá acreditarse por cualquiera de los medios admitidos en Derecho. Se presumirá que el actual cultivador personal es arrendatario rústico histórico en las siguientes circunstancias:

a. Cuando conste que en una determinada zona o comarca existan tierras que han venido siendo explotadas durante varias generaciones, unidas por razón de parentesco, en régimen de arrendamiento;

b. Cuando el propietario no acredite una fecha cierta de inicio de la relación arrendaticia posterior al 1 de agosto de 1942; y

c. Cuando el arrendatario o aparcero pruebe o logre aportar indicios razonables de que la relación arrendaticia tiene una antigüedad mayor que la que conste en el contrato más antiguo que se haya aportado por ambas partes, o que la fecha de inicio señalada por el propietario.

En todos estos casos, la presunción podrá destruirse por el propietario si prueba, también por cualquier medio, alguna de las siguientes circunstancias:

a. Que él o sus antecesores en la propiedad de la finca la explotaron por sí mismos con posterioridad al 1 de agosto de 1942, o

b. Que con posterioridad a dicha fecha las fincas fueron arrendadas a terceras personas que ningún parentesco tienen con el actual arrendatario.

4. Tendrán la consideración de cultivador personal quienes reúnan los requisitos expresados en el artículo 16 de la Ley de Arrendamientos Rústicos. No es incompatible con la condición de cultivador personal, a los efectos del ejercicio del derecho de acceso a la propiedad, cualquiera de las siguientes circunstancias:

a. Ser jubilado o pensionista de la Seguridad Social, si se prueba que el arrendatario sigue al frente de la explotación de la finca;

b. Recibir la colaboración de familiares en la explotación de la finca; y

c. La realización por el arrendatario de cualquier otro tipo de actividad, por cuenta propia o ajena, siempre que se acredite una dedicación personal apropiada y suficiente según las características de las fincas y el tipo de cultivo o explotación.

5. Ejercitado el derecho de acceso a la propiedad regulado en el apartado primero de este artículo, el arrendatario o aparcero tendrá la obligación de seguir cultivando personalmente las fincas adquiridas durante seis años como mínimo. Si incumpliese tal obligación, el anterior propietario podrá resolver la transmisión abonando el precio de la misma".

"Artículo 8. *1. El propietario tendrá derecho al rescate de la aparcería o del arrendamiento histórico cuando justifique su necesidad como único medio de*

subsistencia y se comprometa a llevar la explotación personal y directa de las tierras. Logrado el cultivo de las tierras rescatadas por el propietario, éste deberá practicarlo de modo personal y directo al menos durante los seis primeros años. El incumplimiento de este requisito dará lugar a la anulación de la situación creada y a la reposición del anterior cultivador.

2. Cuando el arrendatario o aparcero histórico que venga cultivando personalmente las fincas en los términos del apartado 4 del artículo 6 haya de dejar libres y a disposición del propietario arrendador las fincas arrendadas o dadas en aparcería bien por el ejercicio del derecho de rescate, bien por expiración de la prórroga establecida en el apartado primero del artículo 5 o del plazo en que se prolongue la relación contractual por tácita reconducción o prórroga convencional, o bien por expropiación forzosa, tendrá derecho a una compensación por la quinta parte del valor de dichas fincas. Dicho valor se determinará conforme a lo establecido en los apartados 1 y 2 del artículo 6, salvo en el caso de expropiación, que lo será el justiprecio fijado en la misma. El cobro de esta compensación no obsta a la indemnización de las mejoras realizadas por el arrendatario conforme al régimen general establecido en el artículo 43 de la Ley 4/1995, de Derecho civil de Galicia.

3. En caso de rescate por el propietario o de expiración de la relación contractual, el arrendatario o aparcero podrá continuar en la explotación de las fincas hasta la total percepción o consignación judicial de la cantidad que le corresponda conforme a lo establecido en el apartado anterior. Durante ese periodo serán de aplicación las normas generales para el arrendamiento rústico o la aparcería contenidas en la Ley 4/1995 de Derecho civil de Galicia. El aparcero deberá seguir pagando el canon de participación pactado, y el arrendatario abonando la renta pactada con la actualización que corresponda y aplicará a la compensación de lo que se le adeude la diferencia hasta la renta que sería usual en la comarca para casa y fincas análogas".

TERCEIRA.– Con respecto ó contrato de vitalicio:

1. Lei de Dereito civil especial de Galicia supuxo un extraordinario avance en canto se adentrou por vez primeira na regulación lexislativa dunha figura de indiscutible raizame histórica, pero, á vez, dunha vida puxante (factores como o do envellecemento da poboación son claramente determinantes deste fenómeno). Evidentemente, é a dialéctica establecida na vida da norma a que nos ofrece a mellor orientación en canto ás adaptacións que se deben facer naquela á hora de garanti–la súa aplicación e, sobre todo, a súa utilidade. No relatorio só se tentou unha reforma desde esta óptica, é dicir, unha proposta de reforma que mellore o "uso" e o futuro da norma, respectando simultaneamente o espírito da institución e especialmente as notas da función asistencial (cun contido mínimo), a onerosidade, a aleatoriedade, o carácter meramente persoal e a autonomía da vontade modalizada pola necesaria protección dos alimentistas.
2. Así se apuntan como posibilidades de mellora as seguintes:
   - Potencia–la ampliación convencional do contido contractual.
   - Prohibir expresamente a posibilidade de pactar unha duración distinta á da vida do cedente en atención á función asistencial do contrato; así como, por igual motivo, a posibilidade de pacta–la intransmisibilidade *mortis causa* da posición do cesionario.
   - Incidir na intransmisibilidade da posición de cedente alimentista.

- Regula–los supostos de pluralidade subxectiva en ámbalas dúas posicións contractuais, con especial incidencia nos casos do desistimento e a resolución.
- Potencia–lo carácter oneroso–aleatorio do contrato, especialmente en conexión co fenómeno sucesorio, permitindo expresamente o vitalicio entre parentes (incluído o caso de pais e fillos).
- Introducir unha norma que permita atribuír carácter privativo ós bens cedidos, sen necesidade de pacto capitular.
- Revisa–los casos de extinción anticipada do contrato e as súas consecuencias.

CONCLUSIONES DE LA SECCIÓN SEXTA

«ILDEFONSO SÁNCHEZ MERA»

SUCESIONES

PRIMERA.– Sobre el artículo 117 de la Ley de Derecho civil de Galicia:

En primer lugar, que en buena técnica jurídica y adoptando la propia sistemática que en los capítulos siguientes asume la Ley de Derecho civil de Galicia –pactos sucesorios, sucesión testada, legítimas, sucesión intestada y partijas– la referencia a los pactos sucesorios debería preceder al testamento y a la ley en la enumeración de los modos de deferir la sucesión.

Y en segundo lugar, la alusión que se contiene en el artículo 117.1 a los pactos sucesorios "regulados en esta ley" debe ser matizada. En consecuencia, la referencia a los pactos sucesorios "regulados en esta ley" debería ser sustituida por la de "los pactos sucesorios admisibles con arreglo a Derecho".

Por todo lo anterior se estima como más acorde con el espíritu y sistemática de la Ley de Derecho civil de Galicia la siguiente redacción que se propone para el artículo 117: "La sucesión se defiere, en todo o parte: 1.º Por cualquiera de los pactos sucesorios admisibles con arreglo a Derecho. 2.º Por testamento. 3.º Por disposición de la ley".

SEGUNDA.– Sobre los pactos sucesorios:

1. Sobre la conveniencia de disposiciones generales en las que se contenga el régimen genérico de los pactos sucesorios.

A) Determinación de los pactos sucesorios. Respecto de la determinación de las figuras identificables en sentido propio con los pactos sucesorios, se considera que, en cuanto el derecho de labrar y poseer no es sino un pacto referente a la mejora, en la enumeración legal correspondiente sólo deben ser considerados pactos sucesorios los de mejora, los de apartamiento y los referentes al usufructo voluntario de viudedad.

B) Capacidad, forma y otorgamiento de los pactos por poder. En relación con estos temas, en el ámbito de las disposiciones generales de los pactos sucesorios consideramos conveniente concluir lo siguiente:

a. *Capacidad.* Se estima que deberá precisarse que los pactos sólo pueden ser otorgados por personas que, siendo mayores de edad, tengan plena capacidad de obrar.
b. *Forma.* Se considera necesaria una norma en la que de modo directo se disponga que los pactos habrán de ser otorgados en escritura pública.
c. *Otorgamiento de los pactos sucesorios por poder.* A este respecto se estima conveniente admitir de forma expresa el otorgamiento de los pactos por poder que, teniendo carácter especial, habrá de contener los elementos esenciales del negocio.

C) Interpretación de los pactos sucesorios. Se considera que el vigente artículo 133 de la Ley de Derecho civil de Galicia referente a la interpretación de las estipulaciones contenidas en un pacto de mejora y que forma parte de las normas referentes al derecho de labrar y poseer debería integrarse en el ámbito de las disposiciones generales por cuanto su contenido puede afectar a cualquier pacto sucesorio. No obstante lo anterior, se entiende también que al artículo 133 de la Ley de Derecho civil de Galicia podría otorgársele una redacción más amplia que permitiera su ubicación en el Título preliminar como norma interpretativa e integradora de alcance general.

2. Sobre el pacto de mejora:

Bajo un epígrafe genérico con el título "De los pactos de mejora" debería acogerse el régimen general aplicable a los pactos por los que se conviene la sucesión en favor de los descendientes.

En primer lugar, en relación con los pactos de mejora deberían especificarse los siguientes aspectos: de entrada, que los pactos sucesorios de mejora pueden suponer la entrega o no de presente de los bienes a que se refieren. Los *pactos sucesorios de mejora con entrega de bienes* deben conllevar la adquisición de la propiedad por parte del mejorado sin que el adjudicante pueda disponer de los bienes, salvo que se hubiera reservado dicha facultad. Por lo que atañe al *pacto de mejora realizado sin entrega de bienes*, se considera necesario especificar que en tales casos el adjudicante conserva la plena libertad dispositiva, determinando las consecuencias a seguir para los casos en que el acto de disposición se lleve a cabo.

Y en segundo lugar, también se entiende que el régimen jurídico de los pactos de mejora habría de completarse con un precepto que determinase las causas de *ineficacia del pacto.* Por ello se propone que, con las debidas adaptaciones, el artículo 132.1 se traslade al epígrafe propuesto por la sección en el que se regularían los pactos de mejora de modo genérico. Con el presupuesto anterior los pactos de mejora quedarían sin efecto: si el mejorado incumpliera las obligaciones asumidas; por premoriencia del mejorado, salvo pacto expreso de sustitución o que la mejora se hubiera llevado a cabo con entrega de bienes; por incurrir el mejorado en causa de

desheredación o indignidad; por su conducta injuriosa o vejatoria; y, habiendo entrega de bienes, por ingratitud.

3. Sobre el derecho de labrar y poseer, en particular:

En primer lugar, se considera conveniente que la atribución al adjudicatario de la *facultad de compensar en metálico* a los demás interesados en la partición se acompañe de la facultad ulterior de hacer el pago dentro de los cinco años siguientes a la apertura de la sucesión. Ello siempre y cuando el adjudicatario garantice el cumplimiento cuyo pago en metálico se retrasa.

En segundo lugar, en virtud del contenido propuesto en el epígrafe 3.2 para el pacto de mejora los supuestos de *ineficacia del derecho de labrar y poseer* quedarían limitados al vigente artículo 132.1.c y al 132.2. Por tanto, además de por las causas comunes a los pactos de mejora, el derecho de labrar y poseer quedaría sin efecto: si durante dos años consecutivos el mejorado abandonara en vida del adjudicante, totalmente y sin justa causa, la explotación de los bienes que la componen.

4. Sobre el apartamiento:

A) El objeto del apartamiento. En orden a esta cuestión se considera que debería explicitarse que el apartante podrá adjudicar al apartado "cualesquiera bienes o derechos" con independencia de su valor.

B) La relación entre el apartamiento y la sucesión intestada. A este respecto se estima que sería oportuno determinar expresamente la validez del pacto por el que el legitimario quede excluido, no sólo de la condición de heredero forzoso, sino también del llamamiento a la sucesión legal.

C) Apartamiento y obligación de colacionar. Con el fin de evitar dudas al respecto, debería concretarse que, dejando a salvo la dispensa expresa del apartante, lo que se hubiera dado en apartamiento habrá de traerse a colación si el apartado o sus descendientes concurriesen como herederos a la sucesión con otros legitimarios.

TERCERA.– Sobre el usufructo voluntario del cónyuge viudo:

1. Sobre la ubicación sistemática del usufructo del cónyuge viudo:

Se estima que, en cuanto puede ser constituido también por medio de testamento, el usufructo voluntario del cónyuge viudo debería ser objeto de regulación con carácter independiente.

2. Sobre el régimen jurídico del usufructo del cónyuge viudo:

A) El artículo 118 de la Ley de Derecho civil de Galicia. Se propone regular en artículos diferentes la cuestión relativa al modo de constitución del usufructo y la ineficacia del mismo derivada de la voluntad o voluntades que lo constituyeron. Por lo que a la primera cuestión se refiere, se propone otorgar al

artículo 118 la siguiente redacción: "Los cónyuges podrán pactar en escritura pública o disponer en testamento la atribución unilateral o recíproca del usufructo sobre la totalidad o parte de los bienes".

B) Inventario y fianza. Dejando a salvo lo que pudiera haberse dispuesto en el título constitutivo, se considera conveniente eximir con alcance general al cónyuge viudo de la obligación de formar inventario de los bienes usufructuados y de prestar fianza. Como complemento de la regla general expuesta parece conveniente atribuir a los legitimarios la facultad de exigir la prestación de fianza para salvaguardar la legítima. Para los supuestos en que el viudo estuviese obligado a formar inventario, el Pleno estima conveniente precisar un plazo que podría ser de seis meses contados desde la apertura de la sucesión.

C) Facultades del usufructuario. En orden a las facultades del usufructuario reguladas en el artículo 122 de la Ley de Derecho civil de Galicia, se estima conveniente la inclusión de la facultad del cónyuge viudo para cobrar créditos de la herencia.

D) Ineficacia del usufructo. Se propone establecer que el usufructo del cónyuge viudo debe quedar sin efecto en los supuestos de indignidad para suceder, por haber sido el cónyuge desheredado, por declaración de nulidad del matrimonio, divorcio y por separación judicial o de hecho debidamente acreditada. Junto con lo anterior, el usufructo de viudedad también habrá de quedar sin efecto: el pactado, por mutuo acuerdo; el testamentario, por su revocación.

E) Extinción del usufructo. Se propone que además del nuevo matrimonio se tome en consideración la "situación de hecho asimilable" al mismo.

CUARTA.– Sobre la sucesión testada:

1. Sección 1.ª: El testamento abierto notarial:

A) Sobre el título de la sección. Se considera conveniente modificar el título de la sección –*"Del testamento abierto notarial"*– sustituyéndolo por el siguiente: "Del testamento abierto ordinario".

B) Sobre el contenido del artículo 136. Se considera conveniente proponer las modificaciones que a continuación se exponen:

En primer lugar, parece aconsejable suprimir la referencia que se hace en el párrafo primero del artículo 136 al testamento por comisario –*"el testamento abierto podrá ser individual, mancomunado <o por comisario>"*–. Lo anterior por cuanto que el testamento por comisario regulado por los artículos 141 y ss. de la Ley de Derecho civil de Galicia poco tiene que ver con el testamento abierto.

En segundo lugar, resulta a todas luces necesaria la modificación de lo dispuesto en el último párrafo del artículo 136 que regula la capacidad de los testigos del testamento abierto ordinario. A tales efectos la expresión *"plena capacidad jurídica"* debe sustituirse por "plena capacidad de obrar".

En atención a lo expuesto se propone otorgar al artículo 136 de la Ley de Derecho civil de Galicia la siguiente redacción: "El testamento abierto ordinario se otorgará ante Notario con las formalidades que le sean propias y podrá ser individual o mancomunado".

2. Sección 2.ª: El testamento mancomunado:

Se considera que debería reducirse el ámbito del testamento mancomunado, circunscribiendo la figura al testamento que, otorgado conjuntamente por los cónyuges, tuviera contenido particional y se ordenara mediante cláusulas recíprocamente condicionadas. Además, a la vista de los problemas que puede plantear en orden al Derecho interregional se propone prescindir de cualquier referencia al testamento mancomunado otorgado fuera de Galicia.

A) Sobre las insuficiencias del régimen jurídico del testamento mancomunado. En orden a las lagunas que presenta la normativa vigente del testamento mancomunado se considera lo siguiente: en primer lugar, deberían definirse las cláusulas correspectivas, delimitando el alcance de las mismas. En segundo lugar, habrían de especificarse las consecuencias a seguir en los casos en que los otorgantes dispusieran de bienes comprendidos en alguna cláusula correspectiva. En tercer lugar, se estima conveniente la introducción de un precepto en el que, una vez fallecido uno de los otorgantes, se reconozca a los interesados el derecho a copia del testamento mancomunado y el contenido de la misma. Y en cuarto lugar, que habrán de resolverse las dudas que ha suscitado el régimen vigente debido a la inexistencia de una norma que de modo directo establezca la forma del testamento mancomunado.

a. *La definición de las cláusulas correspectivas.* En orden a esta cuestión, se propone la siguiente definición: "Son correspectivas las disposiciones de contenido patrimonial cuya eficacia estuviera recíprocamente condicionada por voluntad expresa de los otorgantes". Junto con lo anterior y con el fin de soslayar futuros problemas interpretativos parece conveniente determinar que en todo caso "la correspectividad no se presume".

b. *La facultad de disposición respecto de bienes comprendidos en el testamento mancomunado.* Resulta conveniente introducir una norma que de modo expreso reconozca la facultad de los otorgantes para disponer, *inter vivos* o *mortis causa*, de los bienes que han sido objeto de algunas de las cláusulas del testamento mancomunado.

   Teniendo presente lo anterior se hace necesario resolver una cuestión que carece de regulación en la Ley de Derecho civil de Galicia: las consecuencias a seguir en los casos en que el acto de disposición afectase a bienes comprendidos en una cláusula correspectiva. Sobre este particular se considera que si el acto de disposición de bienes comprendidos en una cláusula correspectiva se realizara en vida de los cónyuges, habrá de producirse la ineficacia de las cláusulas recíprocamente condicionadas con aquélla. Y si el acto de disposición de bienes comprendidos en una cláusula correspectiva se llevara a cabo fallecido uno de los cónyuges, al beneficiario de la disposición testamentaria habría de reconocérsele la facultad de reclamar el valor actualizado de los bienes objeto de la disposición con cargo a la herencia del disponente.

c. *El derecho a copia del testamento mancomunado.* Se considera aconsejable explicitar que los interesados en la sucesión de uno de los otorgantes fallecido tendrán derecho a copia del testamento que en todo caso sólo deberá contener las disposiciones que afecten a la sucesión abierta.

d. *La forma del testamento mancomunado.* Se considera necesaria la introducción de un precepto en el que sin ambages se declare que "el testatamento mancomunado habrá de ser otorgado en forma abierta notarial".

B) Sobre las deficiencias del régimen jurídico del testamento mancomunado. Se propone otorgar un nuevo contenido a los artículos que regulan la revocación del testamento mancomunado, dotándoles de claridad y resolviendo los problemas que la redacción actual plantea.

a. *El principio general de libre revocabilidad.* Se habrá de determinar con claridad que en todo momento el testamento mancomunado puede ser revocado conjuntamente por los otorgantes y de forma unilateral por cualquiera de ellos en lo que atañe a sus disposiciones no correspectivas.

b. *La revocabilidad de las disposiciones correspectivas.* La revocación sólo podrá hacerse en vida de ambos cónyuges produciendo como efecto la ineficacia de las cláusulas recíprocamente condicionadas. Por lo tanto, la redacción actual del artículo 140, que sanciona el carácter irrevocable de las cláusulas correspectivas una vez fallecido uno de los cónyuges con ciertas excepciones, lo hace siguiendo una redacción en ciertos aspectos ininteligible. En virtud de lo anterior se propone una nueva redacción del precepto en el que: por una parte, se sancione el carácter irrevocable de las cláusulas correspectivas cuando hubiera fallecido uno de los cónyuges o devenido incapaz para testar; y por otra, se admita en tales casos con carácter excepcional la revocación de las cláusulas correspectivas por el cónyuge sobreviviente si la persona en cuyo favor se otorgó la cláusula correspectiva hubiese sido declarado incapaz de suceder al otro cónyuge, estuviera incursa en causa de incapacidad para sucederle o hubiese premuerto.

c. *Forma y notificación de la revocación unilateral.* La revocación unilateral del testamento mancomunado deberá hacerse en testamento abierto notarial. Teniendo presente lo anterior, se propone clarificar el régimen de la notificación de la revocación llevada a cabo por uno solo de los otorgantes distinguiendo según afecte o no a cláusulas correspectivas.

Para los casos en que la revocación no afectase a cláusulas correspectivas, se hará saber al notario la existencia del testamento mancomunado que se revoca y el domicilio del otro otorgante al fin de que la revocación pueda ser notificada. Tratándose de revocación unilateral que no afecta a cláusulas correspectivas la falta de notificación no deberá incidir en la validez de la revocación.

> Para los supuestos en que afectara a disposiciones correspectivas, para que surta efectos la revocación deberá ser notificada al otro cónyuge. A estos efectos la notificación habrá de realizarse en los treinta días hábiles siguientes por el notario que la hubiera autorizado, en el domicilio determinado en el propio testamento así como en el indicado por el revocante. En todo caso, una vez realizada, la notificación deberá producir efectos revocatorios aunque no se hallare el cónyuge en ninguno de los domicilios señalados.

3. Sección 3.ª: El testamento por comisario:

Se propone: clarificar las fuentes de la facultad testatoria y los posibles beneficiados por la misma; determinar de modo conciso los límites del ejercicio de la facultad testatoria; revisar el plazo para que el cónyuge lleve a cabo sus funciones, determinando el régimen a seguir durante la situación de interinidad; concretar el modo en que el comisario podrá llevar a cabo la adjudicación de los bienes del difunto; y, en fin, explicitar las causas por las que la facultad testatoria debe quedar sin efecto.

A) Las fuentes de la facultad testatoria y los eventuales beneficiados por su ejercicio. Se propone que se determine expresamente que "podrá pactarse válidamente en capitulaciones matrimoniales o atribuirse en testamento por un cónyuge a otro la facultad de designar heredero o legatario entre los hijos o descendientes comunes, así como la de asignar bienes concretos y determinar el título por el que se recibirán". También parece oportuno establecer que en el caso de que hubiera descendientes particulares del causante, el viudo sólo podrá ejercitar la facultad testatoria si el propio causante hubiera dejado ordenada la sucesión en lo referente a sus descendientes particulares.

B) Los límites del ejercicio de la facultad testatoria. Habrá de explicitarse que en el ejercicio de la facultad testatoria el comisario habrá de respetar las legítimas así como las disposiciones del cónyuge atribuyente.

C) El plazo y la situación de interinidad. Se considera que, salvo que el atribuyente hubiera señalado otro plazo, el viudo dispondrá de cinco años para ejercitar la facultad testatoria. Habiendo hijos menores, el plazo podrá ampliarse hasta tres años después de la emancipación del último de los hijos. En todo caso se entenderá que la herencia del fallecido está bajo la administración del viudo hasta que éste ejercite las facultades que le fueron atribuidas.

D) Adjudicación de los bienes. Se entiende conveniente determinar que el comisario podrá adjudicar los bienes del difunto bien por actos *inter vivos* o por actos *mortis causa* –ya en testamento otorgado por el cónyuge en condición de comisario del causante, ya en testamento por el que el comisario dispone además de sus propios bienes–.

E) Ineficacia de la facultad testatoria. A este respecto habría de establecerse que la facultad testatoria quedará sin efecto por las causas siguientes: presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio; separación de hecho de los cónyuges

debidamente acreditada; salvo dispensa del atribuyente, por el nuevo matrimonio del viudo –celebrado antes de que hubiera ejercitado la facultad que se le atribuyó– o situación de hecho asimilable. Asimismo, la facultad testatoria debe quedar revocada por la disposición sucesoria otorgada con posterioridad por el cónyuge atribuyente.

4. Propuesta de una nueva sección: «Sección 4.ª: "De las disposiciones testamentarias especiales"»:

A) Disposición a favor de quien cuide al testador. Se considera que debe explicitarse la validez de la disposición "a favor de quien cuide al testador" y de la disposición hecha bajo la condición de "cuidar y asistir al testador, a sus ascendientes, descendientes o a su cónyuge". En tales supuestos y salvo que se hubiera dispuesto otra cosa, será el albacea a quien en su caso corresponda determinar la persona que hubiera cuidado al testador o si se ha cumplido la condición bajo la que se hizo la disposición.

B) Disposición testamentaria de un bien ganancial. Sobre este particular habrá de especificarse de entrada que la disposición testamentaria de un bien ganancial puede realizarse: como disposición de "cosa ganancial" o como disposición del "derecho" que al testador corresponda en el citado bien. Para los casos de duda deberá establecerse que la disposición del bien ganancial ha sido realizada como disposición del derecho que al testador corresponda en el mismo. Con el citado presupuesto, el régimen a seguir será el siguiente:

a. *Disposición como cosa ganancial.* Cuando se disponga de un bien por entero como cosa ganancial habrá de hacerse constar de modo expreso el carácter del bien, produciendo la disposición todos sus efectos si, en la liquidación de gananciales, el bien fuese adjudicado a la herencia del testador. En otro caso se entenderá legado el valor que tuviera el bien al tiempo del fallecimiento del testador.
b. *Disposición del derecho que corresponde al testador en un bien ganancial.* Cuando se adjudica o lega el derecho que corresponde al testador en un bien ganancial la disposición habrá de entenderse referida a la mitad de su valor. Sin embargo, la disposición se entenderá referida a la mitad indivisa del bien si el cónyuge sobreviviente o sus herederos los aceptasen y también cuando los cónyuges hubiesen realizado la disposición de forma coincidente y las herencias de ambos estuvieran deferidas.

C) Ineficacia de las disposiciones en favor del cónyuge. Se estima pertinente introducir un precepto que con alcance general disponga lo siguiente: "Salvo que del testamento resulte otra cosa, las disposiciones en favor del cónyuge no surtirán efecto si al fallecer el testador estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación, o se encontraran en trámite los procedimientos dirigidos a ese fin. Tampoco surtirán efecto en los casos de separación de hecho entre los cónyuges debidamente acreditada".

QUINTA.– Sobre las legítimas:

Se propone 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.

«Legítima es la cuota de activo líquido que necesariamente corresponde a determinados parientes del causante de una sucesión y a su cónyuge, de no haberse excluido por apartamiento.

Son legitimarios en Galicia las mismas personas que el Código civil relaciona como herederos forzosos, en la cuantía y proporción que establece en cada caso».

SEXTA.– Sobre la sucesión intestada:

Se asume el contenido básico de los artículos 152 a 154 de la Ley de Derecho civil de Galicia a los que no se presenta propuesta al respecto.

SÉPTIMA.– Sobre las partijas:

1. Preliminar:

Se propone la división interior del capítulo referente a las partijas en cuatro secciones: una primera comprensiva de las disposiciones generales de la partición; la segunda regularía la partición por el testador; la tercera, la partición por el contador–partidor; y una cuarta sección ordenaría la partición por los herederos.

2. De las disposiciones generales:

En este ámbito habrían de enumerarse los modos de realizar la partición y el criterio a seguir en los casos de concurrencia de menores o incapacitados. Por lo que respecta a la primera cuestión y en consonancia con el contenido del capítulo, la partición puede realizarse: 1.º Por el propio testador, en testamento o en otro documento, anterior o posterior a aquél. 2.º Por el contador–partidor, en cualquiera de los casos admitidos por la ley. 3.º Por los herederos, bien por sí o por otro. 4.º Por resolución judicial.

Y por lo que respecta a la segunda cuestión, para los casos de concurrencia a la sucesión de menores o incapacitados legalmente representados el Pleno entiende que también en sede de disposiciones generales deberá establecerse la innecesariedad de la intervención y aprobación judicial a los efectos de aceptar o partir la herencia correspondiente.

Junto con lo expuesto, se entiende que, en cuanto afecta a toda partición, el vigente artículo 170 –*"el cesionario de un coheredero se subroga en lugar de éste en la partija de la herencia"*– debería traerse al ámbito de las disposiciones generales.

3. De la partición por el testador:

Partiendo de lo dispuesto en los arts. 157 y 158 de la Ley de Derecho civil

de Galicia y con el fin de ordenar y clarificar su contenido, se propone que, como punto de partida de la regulación ulterior y atendiendo a lo establecido por el artículo 157.1, se faculte con carácter general al testador para hacer la partición de la herencia o realizar adjudicaciones de bienes y derechos determinados, sin perjuicio de las legítimas. Con el precedente anterior, en sede de partición por el testador habrían de regularse las siguientes cuestiones: los problemas que puede plantear la partición hecha en documento no testamentario; la eficacia de las disposiciones particulares sobre la partición; el régimen de la partición conjunta; y la rescindibilidad de la partición.

A) Sobre la partición en documento no testamentario. Aclarando lo dispuesto en los artículos 157.3 y 158.1 habrá de establecerse que la partición hecha por el testador en documento no testamentario deberá ajustarse a las disposiciones del testamento. Sin embargo, deberá sancionarse la validez de la partición aunque el valor de lo adjudicado a cualquiera de los partícipes en la comunidad hereditaria no se corresponda con la cuota atribuida en el testamento.

B) Sobre las disposiciones particulares referentes a la partición de la herencia. Con el fin de solventar cualquier duda al respecto, se propone establecer que podrán ordenarse en testamento disposiciones particulares sobre la partición de la herencia que habrán de ser observadas cuando ésta se lleve a cabo.

C) Sobre la partición conjunta. Se entiende que debería completarse la acertada regulación de la partija conjunta integrando su régimen jurídico con el fin de cubrir las lagunas existentes al respecto. En este sentido se contemplarían las siguientes cuestiones: el objeto de la partija conjunta; su eficacia y revocación; la incidencia de la partija conjunta en la facultad de disposición; y las relaciones entre la partija conjunta y las legítimas.

a. *Objeto.* Partiendo del contenido del artículo 157.2, habrá de establecerse que los cónyuges, aunque testen por separado, podrán hacer una partija conjunta y unitaria de sus bienes privativos y de los comunes, si los hubiere, con independencia del origen de los adjudicados a cada heredero.

b. *Eficacia y revocación.* En torno a los problemas que pudiera suscitar la eficacia parece oportuno precisar que la partija conjunta será eficaz al fallecimiento de ambos cónyuges. Por lo que atañe a la revocación habría de establecerse que en vida de ambos cónyuges la partija podrá ser revocada por cualquiera de ellos y, notificada al otro cónyuge, producirá la ineficacia total de la partija. Asimismo, fallecido uno de los cónyuges la partija podrá quedar sin efecto por la revocación del sobreviviente.

c. *La partija conjunta y la facultad de disposición.* Resulta conveniente subrayar en sede legal que, fallecido uno de los cónyuges, el sobreviviente podrá disponer de sus bienes privativos, siendo necesario el concurso de los herederos y del cónyuge sobreviviente cuando se trata de disposición de los bienes comunes y de los del premuerto incluidos en la partija conjunta. En todo caso, la partija podrá ser declarada ineficaz cuando la composición patrimonial base de la misma se hubiera alterado de forma sustan-

cial por enajenaciones voluntarias o forzosas.

d. *La partija conjunta y las legítimas.* A este respecto, se propone mantener el contenido del vigente artículo 158.2 en cuya virtud en la partición conjunta la legítima podrá ser satisfecha con bienes de uno solo de los causantes.

D) Sobre la rescindibilidad de la partición. Sobre este particular, se propone contemplar la rescindibilidad de la partición por lesión en más de un cuarto si hubiera fijación expresa de cuotas en el testamento.

4. De la partición por el contador–partidor:

Si bien regulada la partición por contador–partidor en sección independiente, se propone asumir el contenido de los artículos 157 a 163 de la Ley de Derecho civil de Galicia referentes a la citada figura. Junto con lo expuesto el Pleno asume la necesidad de clarificar el contenido del artículo 159.2 y 3 y concretar las facultades del contador–partidor.

A) Sobre el artículo 159.2 y 3. Se propone una redacción diferente para los citados preceptos sin referencia específica a la delegación de la facultad de mejorar. En particular, la redacción que se propone para el artículo 159.2 y 3 es la siguiente: "El testador podrá nombrar contador–partidor al cónyuge sobreviviente al que sólo hubiese asignado el usufructo universal. Salvo dispensa del testador, el cargo de contador–partidor únicamente podrá ser ejercitado mientras el sobreviviente permanezca viudo y dentro del plazo fijado por el causante. Si no lo fijase, el plazo para el ejercicio del cargo será el de un año".

B) Sobre las facultades del contador–partidor. A este respecto se propone explicitar los siguientes extremos: 1.º El contador–partidor podrá realizar el inventario por sí solo, aun cuando existan personas sujetas a patria potestad, tutela o curatela. 2.º El contador–partidor habrá de hacer la partición total de la herencia. 3.º Además de las facultades propias del cargo y de las encomendadas por el causante, el contador–partidor podrá, una vez formalizado el inventario, entregar los legados –art. 163–. 4.º El contador–partidor podrá liquidar la sociedad conyugal con el cónyuge sobreviviente o sus herederos. Con todo, para los casos de que el contador–partidor lo fuese de ambos cónyuges y realizase la partición conjunta podrá prescindirse de la liquidación de la sociedad conyugal salvo que fuera precisa para cumplir las disposiciones testamentarias de cualquiera de los cónyuges.

5. De la partición por los herederos:

En orden a la partición por unanimidad de los herederos, se propone incluir un artículo introductorio con el siguiente contenido: "Cuando el testador no hubiese hecho la partición, los partícipes mayores de edad, emancipados o legalmente representados, podrán partir la herencia del modo que tengan por conveniente. Además podrán encomendar a un tercero la práctica de la partición para que la realice con carácter vinculante para todos ellos".

En relación con la partición por la mayoría, la regulación vigente plantea no pocos problemas prácticos que dificultan su operatividad. Con el fin de sortear los

citados problemas, se propone instaurar un sistema notarial análogo al del contador–partidor dativo que habrá de tener la condición de abogado ejerciente en el distrito notarial en el que la partición se tramite. Con este planteamiento como punto de partida habrán de regularse las cuestiones siguientes: incoación de la partición; el acto de designación del contador–partidor; y la formalización de la partición así como su notificación.

Por lo que respecta a la primera cuestión, la partición por mayoría podrá ser incoada por cualquiera de los interesados y habrá de ser notificada a los restantes que tuvieran domicilio conocido.

Por lo que respecta a la segunda cuestión, al acto de designación del contador–partidor habrán de concurrir los partícipes que representen una cuota de más de la mitad del haber partible y sean dos al menos, llevándose a cabo la designación por acuerdo de todos los concurrentes y, en su defecto, mediante sorteo entre los propuestos –uno por cada interesado–. Quedará sobreseído el expediente si antes de la designación del contador–partidor se hubiere promovido juicio divisorio o admitido a trámite la solicitud de nombramiento de contador–partidor dativo según el artículo 1.057 del Código civil.

Por lo que respecta a la tercera cuestión, la partición se formalizará mediante escritura pública de protocolización del cuaderno particional otorgada por el contador–partidor designado. El notario notificará la formalización de la partición a los interesados.

CONCLUSIONES DE LA SECCIÓN SÉPTIMA

«ANTONIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ»

TEMAS LIBRES Y COMUNICACIONES VARIAS

PRIMERA.– En relación con la Ley de mediación familiar en Galicia:

Si bien se considera que la Ley de mediación familiar carece de funcionalidad práctica, dada la trascendencia jurídica que para los afectados puede tener la mediación, el Pleno interesa que en el reglamento de desarrollo de la precitada Ley el mediador sea abogado; y ello con independencia del auxilio que profesionales de otras ramas puedan prestar como especialistas.

SEGUNDA.– El Pleno recomienda garantizar la formación sobre Derecho civil de Galicia en las universidades y en las Escuelas de Práctica Jurídica.

TERCERA.– Se aprueba las propuestas alternativas de reforma del Impuesto de sucesiones contenidas en la comunicación presentada al efecto:

PROPUESTAS DE REFORMA DEL IMPUESTO:

1.ª) Reducción aplicable en la base imponible. En los casos contemplados en los Grupos I y II del artículo 20 de la Ley del Impuesto y en el artículo 42 del Reglamento que la desarrolla será del 99 por 100 de la base imponible.

2.ª) Reducción de los coeficientes multiplicadores en un 50 por 100, así como el incremento del patrimonio mínimo preexistente, estableciéndolo en 600.000 euros, y la ampliación de los sucesivos tramos del mismo proporcionalmente a dicha cantidad.

3.ª) Reducción del tipo de la escala de gravamen en un 50 por 100.

4.ª) Establecer un mínimo exento que coincida con el mínimo establecido para el impuesto sobre el patrimonio.

5.ª) Reducción especial en la base imponible, actualmente no contemplada, para aquel caso en que los únicos o mayoritarios ingresos de una familia sean aportados por el causante.

6.ª) Reducción especial en la base imponible, en función del número de herederos. No es lo mismo que el patrimonio se transmita íntegramente a un solo heredero, que se divida en varios patrimonios, produciéndose ya de esta manera una efectiva redistribución del mismo. Circunstancia que actualmente no está recogida en la actual regulación.

RELACIÓN DE CONGRESISTAS:

ADRIO TARACIDO, MARÍA MARGARITA	PONTEVEDRA
ALARCÓN PRIETO, CARMEN	A CORUÑA
ALONSO PIZZI, RAMÓN	A CORUÑA
ALONSO ZATO, JOSÉ LUIS	A CORUÑA
ALVARELLOS FONDO, MERCEDES PAULA	LUGO
ÁLVAREZ GÁNDARA, ALFONSO	VIGO (Pontevedra)
ÁLVAREZ LATA, NATALIA	A CORUÑA
ÁLVAREZ MARTÍNEZ, GEORGINA	A CORUÑA
ARAMBURU GUILLÁN, SERGIO	A CORUÑA
ARESES TRAPOTE, JUAN	PONTEVEDRA
ARNOSO MOURE, MARÍA DEL ROCÍO	SANTIAGO (A Coruña)
ARTIME COT, ELOY	PONTEVEDRA
ASTRAY PUMPIDO, LUIS	A CORUÑA
ATRIO ABAD, EMILIO	OURENSE
BABÍO ARCAY, JOSÉ MANUEL	PADRÓN (A Coruña)
BALLESTERO PASCUAL, JOSÉ ANTONIO	A CORUÑA
BALLÓN LAGE, ALBERTO	A CORUÑA
BARCIA LAGO, MODESTO	PONTEVEDRA
BARROS CASAL, JULIO	FERROL (A Coruña)
BARXA ÁLVAREZ, NEMESIO	OURENSE
BELLO JANEIRO, DOMINGO	A CORUÑA
BELLÓN MARTÍNEZ, VICENTE	A CORUÑA
BELLÓN VÁZQUEZ, CARLOS	LUGO
BENEYTO BELLAS, JUAN RAMÓN	A CORUÑA
BERMEJO PUMAR, MARÍA MERCEDES	A CORUÑA
BLANCO MÉNDEZ, JAVIER	OURENSE
BLANCO REGUEIRO, MARÍA ASUNCIÓN	CARBALLO (A Coruña)
BLANCO SERRANO, ABELARDO	SANTIAGO (A Coruña)
BLANCO–ONS FERNÁNDEZ, JOSÉ MANUEL	NOIA (A Coruña)
BONILLO GARCÍA, CONCEPCIÓN	A CORUÑA
BOTANA TORRÓN, FRANCISCO MANUEL	CAMBADOS (Pontevedra)
BUFETE MARTÍNEZ BARROS	VIGO (Pontevedra)
BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL	A CORUÑA
CAMPO MOSCOSO, JOSÉ MANUEL	LUGO
CANAL PAZ, MARÍA LUZ	A CORUÑA
CANDAL JARRÍN, IGNACIO SANTIAGO	OURENSE
CARIDAD BARREIRO, MIGUEL ÁNGEL	A CORUNA
CARRO FERNÁNDEZ VALMAYOR, ANTONIO	SANTIAGO (A Coruña)
CASAS ESTÉVEZ, JOSÉ PABLO	A CORUÑA
CASAS SANJOSÉ, JUAN ANTONIO	LUGO
CELA CARBALLO, JACOBO	LUGO
CENDÁN CORREDOIRA, ANTONIO	LUGO

CHOREN CELEIRO, JOSÉ MANUEL	BILBAO (Vizcaya)
COLINA GAREA, RAFAEL	A CORUÑA
CORA RODRÍGUEZ, JOSÉ	A CORUÑA
CORES CASTRO, LUIS ANTONIO	A CORUÑA
CORRAL DUEÑAS, FRANCISCO	MADRID
CORRAL GARCÍA, ROSANA	A CORUÑA
CORTIZO MELLA, MARÍA DEL PILAR	A CORUÑA
CRESPO LÓPEZ, MARCELO	FERROL (A Coruña)
CRESPO PRIETO, MARÍA DEL ROSARIO	A CORUÑA
CRESPO RIVAS, MANUEL	FERROL (A Coruña)
CRISTÓBAL Y FERNÁNDEZ PORTAL, ARSENIO	A CORUÑA
DELGADO MONTES, ANDRÉS	A CORUÑA
DEUS PALLARES, MIGUEL	FERROL (A Coruña)
DEUS SIXTO, CELIA	A CORUÑA
DÍAZ BERNÁRDEZ, JUAN	SARRIA (Lugo)
DÍAZ DE LA ROSA, ANGÉLICA	A CORUÑA
DÍAZ FRAGA, RICARDO	A CORUÑA
DÍAZ FUENTES, ANTONIO	SARRIA (Lugo)
DÍAZ GÓMEZ, GUILLERMO	A CORUÑA
DIÉGUEZ GARZA, BELÉN	OURENSE
DOMÍNGUEZ LORENZO, ANTONIO	RIBADAVIA (Ourense)
ESPINOSA DE SOTO, JOSÉ LUIS	MOAÑA (Pontevedra)
ESTÉVEZ MENGOTTI, MANUEL	A CORUÑA
FERNÁNDEZ BREA, JESÚS	VIVEIRO (Lugo)
FERNÁNDEZ CHAO, ANTONIO	A CORUÑA
FERNÁNDEZ LÓPEZ, MIGUEL ÁNGEL	A CORUÑA
FERNÁNDEZ MERINO, JOSÉ CARLOS	LUGO
FERNÁNDEZ PUMARIÑO, ALEJANDRO	LUGO
FERNÁNDEZ RAMOS, LUIS	OURENSE
FERNÁNDEZ REFOXO, ÓSCAR	SANTIAGO (A Coruña)
FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, DAVID	A RÚA (Ourense)
FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, MARÍA VICTORIA	OURENSE
FERNÁNDEZ SANTIAGO, CARMEN	AMES (A Coruña)
FERNÁNDEZ VARELA, XOSÉ MANUEL	LUGO
FERNÁNDEZ VILLAR, FLORINDA	A CORUÑA
FERREIRA GONZÁLEZ, ANA MARÍA	A CORUÑA
FRAGA IRIBARNE, MANUEL	SANTIAGO (A Coruña)
FRAGA MANDIÁN, ANTONIO	A CORUÑA
FUENTE LAGO, JOSÉ ANTONIO DE LA	A CORUÑA
FUENTE MARTÍNEZ, VICTORINO	A CORUÑA
FUENTES BERMEJO, NIEVES	A CORUÑA
FUENTES CALDELAS, CARLOS	A CORUÑA
GALEGO FEAL, GUMERSINDO	FERROL (A Coruña)
GALLEGO FOUZ, JUAN JOSÉ	SANTIAGO (A Coruña)
GÁMIZ VALENCIA, MARÍA DEL CARMEN	A CORUÑA
GARCÍA AYASO, JUAN ANDRÉS	VIGO (Pontevedra)
GARCÍA CARIDAD, JOSÉ ANTONIO	A CORUÑA
GARCÍA LLERENA, VIVIANA	A CORUÑA
GARCÍA MONDELO, ROBERTO FRANCISCO	A CORUÑA
GARCÍA MORATILLA, JOSÉ IGNACIO	A CORUÑA
GARCÍA SOBRADO, JOSÉ MANUEL	OURENSE
GARCÍA VALERO, MARTA V.	A CORUÑA
GARCÍA–BOENTE SÁNCHEZ, GERARDO	VIGO (Pontevedra)

GARCÍA–PITA Y LASTRES, JOSÉ LUIS	A CORUÑA
GARCÍA-SEÑORÁNS ÁLVAREZ, MARÍA ELENA	A CORUÑA
GIL CORTÓN, JOSÉ	A CORUÑA
GÓMEZ ARIAS, EMILIO	A CORUÑA
GÓMEZ VARELA, LUIS	BETANZOS (A Coruña)
GÓMEZ Y DÍAZ CASTROVERDE, JOSÉ MARÍA	SANTIAGO (A Coruña)
GONZÁLEZ ABELEDO, MIGUEL	CAMBRE (A Coruña)
GONZÁLEZ ÁLVAREZ, EMMA	PADERNE (A Coruña)
GONZÁLEZ DE SAN SEBASTIÁN, TATIANA	BILBAO (Vizcaya)
GONZÁLEZ DEUS, LUIS	A CORUÑA
GONZÁLEZ DORREGO, ISABEL	A CORUÑA
GONZÁLEZ ESTÉVEZ, ARTURO	OURENSE
GONZÁLEZ GARCÍA, ISABEL	SARRIA (Lugo)
GONZÁLEZ NIETO, ANTONIO	A CORUÑA
GONZÁLEZ PEREIRA, IGNACIO JAVIER	A CORUÑA
GONZÁLEZ TRIGÁS, MIGUEL ÁNGEL	OURENSE
GONZÁLEZ VÁZQUEZ, MARÍA ROSARIO	VIGO (Pontevedra)
GRANDE PÉREZ, ALFONSO	PARDERRUBIAS (Ourense)
GUTIÉRREZ ALLER, VICTORINO	LALÍN (Pontevedra)
HUERGA FIDALGO, JOSÉ GONZALO DE LA	A CORUÑA
IGLESIAS RIAL, GONZALO	VIGO (Pontevedra)
JAUDENES LÓPEZ DE CASTRO, RAMÓN	PONTEVEDRA
JIMÉNEZ DE LLANO ZATO, ASUNCIÓN	A CORUÑA
JIMÉNEZ DOMÍNGUEZ, MIGUEL ÁNGEL	A CORUÑA
JOVE LOSADA, MANUEL ÁNGEL	GUITIRIZ (Lugo)
JUDEL PRIETO, ÁNGEL MARÍA	A CORUÑA
LARROSA BARROS, LUIS EVARISTO	A CORUÑA
LEGERÉN MOLINA, ANTONIO	A CORUÑA
LIAÑO FLORES, JOSÉ MANUEL	A CORUÑA
LIAÑO VIDAL, GUILLERMO	A CORUÑA
LOBATO ALONSO, MARCELINO	A CORUÑA
LOIS FERNÁNDEZ, JOSÉ ANTONIO	A CORUÑA
LOIS PUENTE, JOSÉ MANUEL	A CORUÑA
LÓPEZ DÍAZ, PURIFICACIÓN	MONFORTE (Lugo)
LÓPEZ FERNÁNDEZ, JOSÉ	CHANTADA (Lugo)
LÓPEZ FERNÁNDEZ, MARÍA LOURDES	VIGO (Pontevedra)
LÓPEZ GONZÁLEZ, BENIGNO	A CORUÑA
LÓPEZ GRAÑA, JOSÉ ANTONIO	LUGO
LÓPEZ MOSTEIRO, JOSÉ LUIS	A CORUÑA
LÓPEZ PAZ, PABLO JOSÉ	SANTIAGO (A Coruña)
LÓPEZ SÁNCHEZ, PABLO JAVIER	A CORUÑA
LÓPEZ SUÁREZ, MARCOS A.	A CORUÑA
LÓPEZ TABOADA, JULIO	A CORUÑA
LÓPEZ–ACUÑA LÓPEZ, ANTONIO JOSÉ	LUGO
LÓPEZ–CHAVES CASTRO, IGNACIO	VIGO (Pontevedra)
LORENZO MERINO, FERNANDO JOSÉ	VIGO (Pontevedra)
LORENZO TORRES, MIGUEL	A CORUÑA
LOURO GARCÍA, MARÍA ISABEL	REDONDELA (Pontevedra)
LUACES ALVARIÑO, ANA BELÉN	A CORUÑA
LUEIRO GARCÍA, MARÍA BELÉN	A CORUÑA
MARIÑAS DÍAZ, MARÍA DOLORES	A CORUÑA
MARIÑO VILA, MANUEL	A CORUÑA
MARTÍN ALONSO, OLGA	A CORUÑA

MARTÍNEZ BARROS, RICARDO L.	VIGO (Pontevedra)
MARTÍNEZ–RISCO ALONSO, SEBASTIÁN	A CORUÑA
MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS	A CORUÑA
MEIZOSO SARDIÑA, J. RAÚL	AS PONTES (A Coruña)
MÉNDEZ APENELA, EDUARDO	PONTEVEDRA
MÉNDEZ PASCUAL, JOSÉ LUIS	MADRID
MONDELO SANTOS, JOSÉ FÉLIX	LUGO
MONTERO CARRÉ, MARÍA ASUNCIÓN	A CORUÑA
MORAL HERNÁNDEZ, MARÍA JOSÉ	PONTEVEDRA
MORRONDO LAGE, ELENA	FERROL (A Coruña)
MOSQUERA REGUEIRO, ROSA	A CORUÑA
MOURE MARIÑO, PABLO	SANTIAGO (A Coruña)
MOURELO CALDAS, MANUEL FAUSTINO	LUGO
MOURENZA PENA, JESÚS	LUGO
MUIÑO MÍGUEZ, JOSÉ CARLOS	A CORUÑA
MUIÑO POSE, ALICIA	SANTIAGO (A Coruña)
NAVEIRA ZARRA, MAITA	A CORUÑA
NEIRA POL, MANUEL EUGENIO DE	LUGO
NEIRA ROCA, EUGENIO FRANCISCO DE	LUGO
NIETO ÁLVAREZ–URÍA, GABRIEL	A CORUÑA
NOGUEIRA ROMERO, SANTIAGO	SANTIAGO (A Coruña)
NOVO FREIRE, JOSÉ	LUGO
NOVO RODRÍGUEZ, JOSÉ MANUEL	LUGO
NÚÑEZ NÚÑEZ, MARÍA	A ESTRADA (Pontevedra)
ORDÓÑEZ ARMÁN, FRANCISCO MANUEL	A CORUÑA
OTERO MARQUINA, FERNANDO	OURENSE
OUTEIRIÑO FUENTES, ANTONIO JESÚS	A CORUÑA
OYA VITURRO, MARÍA ANTONIA DE	A CORUÑA
PACHO BLANCO, JOSÉ MANUEL	OURENSE
PANTÍN MANEIROS, FERNANDO	FERROL (A Coruña)
PARADA SÁNCHEZ, MARGARITA	A CORUÑA
PARDO CASTIÑEIRA, CELESTINO	A CORUÑA
PARDO GATO, JOSÉ RICARDO	A CORUÑA
PARDO–CIORRAGA BARROS, CAROLINA	A CORUÑA
PAZOS HUETE, ALFONSO	OURENSE
PAZOS VARELA, MARÍA DEL CARMEN	A CORUÑA
PENA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA	A CORUÑA
PEÑA LÓPEZ, FERNANDO	A CORUÑA
PEÓN RAMA, VÍCTOR JOSÉ	A POBRA DO CARAMIÑAL (A Coruña)
PÉREZ ÁLVAREZ, MIGUEL ÁNGEL	A CORUÑA
PÉREZ LAGO DE LANZÓS, LUIS	A CORUÑA
PEREZ NOVOA, RAMÓN	OURENSE
PÉREZ SALGADO, MARÍA CRISTINA	PALAS DE REI (Lugo)
PÉREZ SUÁREZ, MARCOS	A CORUÑA
PÉREZ VEGA, ÁNGELES	A CORUÑA
PÉREZ–BATALLÓN ORDÓÑEZ, F^{CO} JAVIER	LUGO
PÉREZ–CEPEDA VILA, AUGUSTO JOSÉ	A CORUÑA
PÉREZ–LEMA LÓPEZ, XOAN ANTÓN	A CORUÑA
PILLADO MONTERO, ANTONIO	SANTIAGO (A Coruña)
PINILLA LÓPEZ, PILAR	A CORUÑA
PLACER GARCÍA, FERNANDO	BETANZOS (A Coruña)
PLATERO LÓPEZ DE TURISO, DAVID	SANTIAGO (A Coruña)
POLO RODRÍGUEZ, BELÉN	OURENSE

PORTOS FREIRE, JOSÉ	ARZÚA (A Coruña)
PRADA ALLO, AMANDO	OURENSE
PRIETO FLORES, JOSÉ LUIS	A CORUÑA
PUENTES GONZÁLEZ, JOSÉ	A CORUÑA
QUINTANA ACEDEBO, MARÍA JOSÉ	SANTIAGO (A Coruña)
QUINTAS RODRÍGUEZ, JUAN BAUTISTA	A CORUÑA
QUINTEIRO BLANCO, SERAFÍN	PONTEVEDRA
RAMOS MARTÍNEZ, MARÍA DEL MAR	A CORUÑA
RAPOSO ARCEO, JUAN	A CORUÑA
REBOLLEDO VARELA, ÁNGEL LUIS	SANTIAGO (A Coruña)
REGO VALCÁRCEL, HERMES	CARBALLO (A Coruña)
REIGOSA GONZÁLEZ, JUAN JOSÉ	A CORUÑA
RICO GARCÍA, MARCIAL	A CORUÑA
RIEGO PENA, ENRIQUE	A CORUÑA
RÍO RODRÍGUEZ, CARMELA	BETANZOS (A Coruña)
RISUEÑO VILLANUEVA, CARMEN	FERROL (A Coruña)
RIVAS TERUELO, CARLOS	PONTEVEDRA
RODRÍGUEZ ALONSO, CAMILO	MADRID
RODRÍGUEZ BARBEITO, BEATRIZ	A CORUÑA
RODRÍGUEZ ENNES, LUIS	OURENSE
RODRÍGUEZ MONTERO, RAMÓN P.	A CORUÑA
RODRÍGUEZ PARADA, ANA ISABEL	PONTEAREAS (Pontevedra)
RODRÍGUEZ PARDO, JOSÉ LUIS	A CORUÑA
RODRÍGUEZ–ARANA MUÑOZ, JAIME	MADRID
ROMAY DOLDÁN, LUCÍA	BETANZOS (A Coruña)
ROMERO BUENO, LUIS	OURENSE
ROVIRA SUEIRO, MARÍA ESTHER	A CORUÑA
RÚA MARTÍNEZ, CÉSAR	SANTIAGO (A Coruña)
RUBÍN MARTÍN, ANTONIO	A CORUÑA
RUÍZ PÉREZ, ROSARIO	MADRID
RUÍZ TOVAR, MARÍA JOSEFA	LUGO
SAAVEDRA MORALES, SERGIO	MUROS (A Coruña)
SAAVEDRA RODRÍGUEZ, PABLO	A CORUÑA
SALGADO REQUEJO, JUAN	OURENSE
SALGUEIRO ARMADA, ANDRÉS	A CORUÑA
SANDE GARCÍA, PABLO	A CORUÑA
SANJURJO PAN, MARÍA JOSÉ	CAMBRE (A Coruña)
SANTOMÉ COUTO, MARÍA NIEVES	FERROL (A Coruña)
SANTOS FERNÁNDEZ, ADRIANA	LUGO
SANTOS FERNÁNDEZ, BEGOÑA	LUGO
SANTOS VÁZQUEZ, MARTA	A CORUÑA
SANZ FERNÁNDEZ, PABLO	A CORUÑA
SANZ VALDÉS, ANTONIO	A CORUÑA
SEIJO DOPICO, BEATRIZ	FERROL (A Coruña)
SEOANE IGLESIAS, JOSÉ	FERROL (A Coruña)
SEOANE PESQUEIRA, FERNANDO	A CORUÑA
SEOANE RODRÍGUEZ, JESÚS	FERROL (A Coruña)
SEOANE RODRÍGUEZ, JOSÉ ANTONIO	FERROL (A Coruña)
SEOANE SPIEGELBERG, JOSÉ LUIS	A CORUÑA
SEXTO FAÍLDE, MANUEL SANTIAGO	LUGO
SIEIRO CONSTENLA, MARÍA MILAGROS	A CORUÑA
SILVA VARELA, ELVIRA	OURENSE
SILVOSA TALLÓN, JOSÉ MANUEL	ARZÚA (A Coruña)

SOUTO CACABELOS, MANUEL	CARBALLINO (Ourense)
SOUTO PRIETO, JESÚS	A CORUÑA
SUÁREZ MIRA, FÉLIX ÁNGEL	A CORUÑA
TABARÉS PÉREZ–PIÑEYRO, RAFAEL	OURENSE
TEMES MONTES, JORGE	OURENSE
TORRE NIETO, JOSÉ LUIS DE LA	SANTIAGO (A Coruña)
TORRES CORTEL, MARÍA JESÚS	A CORUÑA
TORRES DÍAZ, CÉSAR	A CORUÑA
TRILLO ALONSO, JUAN CARLOS	A CORUÑA
VARELA BARROS, RAÚL	A CORUÑA
VARELA CARID, VÍCTOR	OURENSE
VARELA FRAGA, JESÚS	A CORUÑA
VARELA PÉREZ, MAURO	LUGO
VARELA SÁNCHEZ, ALEJANDRO	A CORUÑA
VARELA SÁNCHEZ, JESÚS EDUARDO	A CORUÑA
VÁZQUEZ BONOME, ANTONINO	BETANZOS (A Coruña)
VÁZQUEZ FORNO, JESÚS	A CORUÑA
VELASCO PAZOS, GONZALO	PONTEVEDRA
VÉREZ COTELO, PATRICIA	A CORUÑA
VIDAL RODRÍGUEZ, MANUEL ARTURO	MONFORTE (Lugo)
VILLAR TRILLO, JUAN RAMÓN	A CORUÑA
VIVERO ÁLVAREZ, MANUEL ÁNGEL	FERROL (A Coruña)

REPORTAJE

GRÁFICO



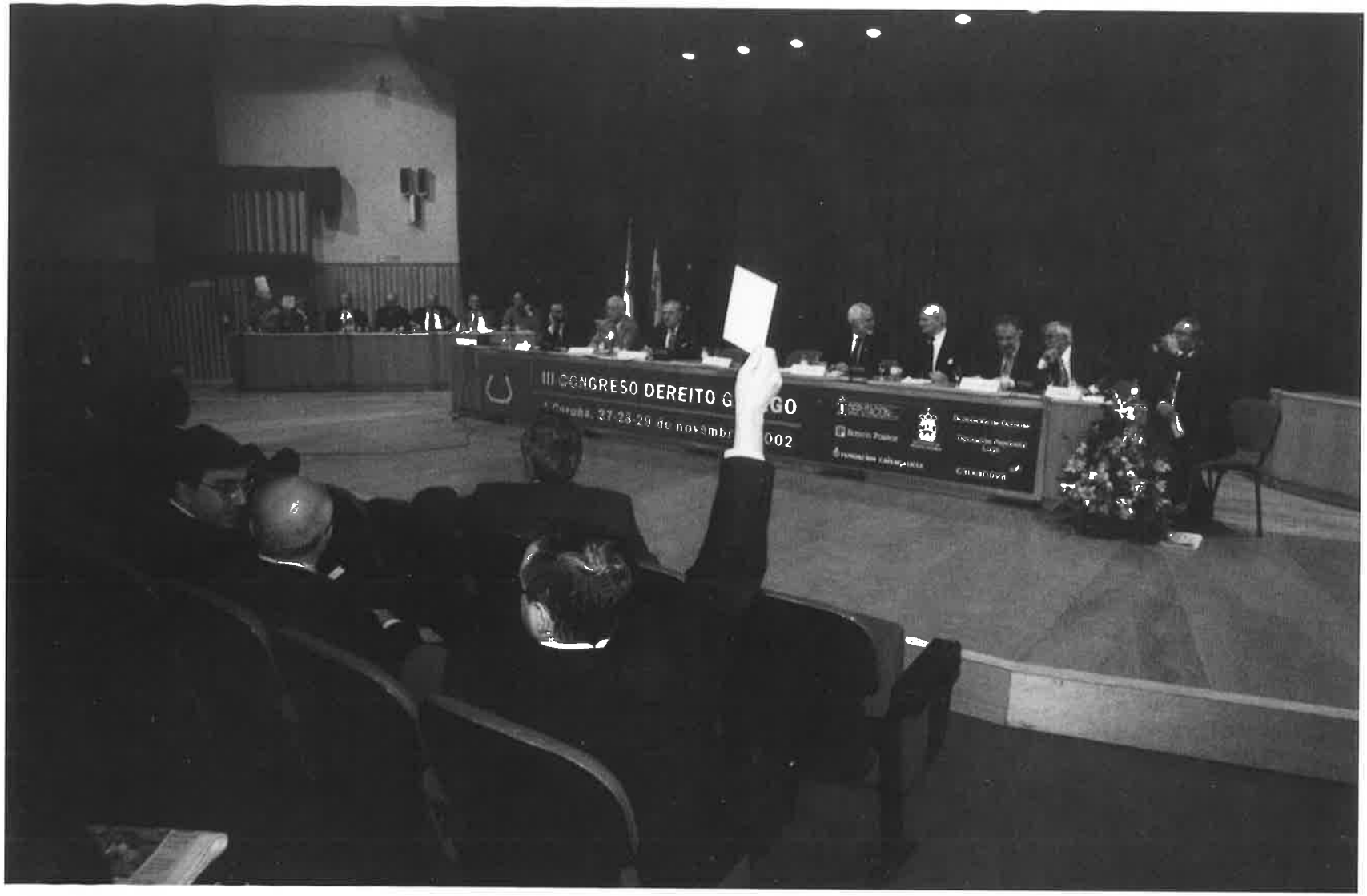
Sesión Inaugural



Sesión Plenaria



Sesión de Clausura



Sesión de Clausura



Sesión de Clausura



Votación en la Sesión Plenaria



Un aspecto de la Sesión Plenaria



Palacio de Congresos da Coruña: lugar de celebración

ÍNDICE:

Pág.

LIBRO DEL CONGRESO..... 3

INTRODUCCIÓN..... 5

ACTA DE CONSTITUCIÓN DE LOS ÓRGANOS DEL CONGRESO..... 7

DIRECCIÓN DEL CONGRESO:

Presidencia de Honor..... 11
Presidencia del Congreso..... 11
Presidencia de la Comisión Organizadora..... 11
Secretaría General..... 11
Consejo General..... 13
Comisión Organizadora..... 14
Comisión de Estudios..... 15
Comisión de Finanzas..... 16
Comisión de Relaciones Públicas y de Actividades..... 16

COMPOSICIÓN DE LAS SECCIONES:

Sección Primera: "Ramón Carballal Pernas":
Principios, fuentes y recurso de casación..... 17
Sección Segunda: "Manuel Iglesias Corral":
Personas y familia..... 18
Sección Tercera: "Sebastián Martínez-Risco y Macías":
Derechos reales..... 19
Sección Cuarta: "Manuel Artime Prieto":
Montes..... 20
Sección Quinta: "Pedro González López":
Obligaciones y contratos..... 21
Sección Sexta: "Ildefonso Sánchez Mera":
Sucesiones..... 22
Sección Séptima: "Antonio Fernández Rodríguez":
Temas libres y comunicaciones varias..... 23

REGLAMENTO DEL CONGRESO..... 25

SESIÓN INAUGURAL..... 33

RECEPCIÓN MUNICIPAL..... 39

Pág.

SECCIONES DEL CONGRESO:

Sección Primera: Principios, fuentes y recurso de casación:..... 43
I.- Ponencia..... 44
II.- Comunicaciones:
"La costumbre es la verdad", por Celestino Pardo Castiñeira..... 53
"Usos y costumbres propios del Derecho civil de Galicia en las decisiones judiciales", por José Seoane Iglesias..... 75
III.- Actas de las sesiones y conclusiones..... 106

Sección Segunda: Personas y familia:..... 111
I.- Ponencia..... 112
II.- Comunicaciones:
"La autotutela en el Derecho de Galicia", por Antonino Vázquez Bonome..... 124
III.- Actas de las sesiones y conclusiones..... 127

Sección Tercera: Derechos reales:..... 133
I.- Ponencia..... 134
Trabajos elaborados por miembros integrantes de la Ponencia:
"Algunas consideraciones sobre la constitución de la servidumbre de paso a través de negocio jurídico en derecho gallego", por José Luis Seoane Spiegelberg..... 134
"Problemática de la servidumbre forzosa de paso", por Ángel Luis Rebolledo Varela..... 155
"Problemática jurídica de las serventías", por Ramón. P. Rodríguez Montero..... 164
"La acción negatoria de servidumbre en relación con la adquisición de servidumbres", por Ana Isabel Rodríguez Parada..... 179
"Análisis de las presunciones de serventía en el borrador a la reforma de la Ley de Derecho civil de Galicia", por Francisco Manuel Botana Torrón..... 198
II.- Comunicaciones:
"Breves consideraciones sobre la *serventía* y el *camiño do agro"*, por José Antonio López Graña..... 203
"El retracto de graciosa", por José Manuel Silvosa Tallón..... 206
"La costumbre en la plantación de árboles en Galicia", por Jesús Varela Fraga..... 218
III.- Actas de las sesiones y conclusiones..... 221

Sección Cuarta: Montes:..... 228
I.- Ponencia..... 229
II.- Comunicaciones:
"Montes vecinales en mano común: su tratamiento registral", por Francisco Corral Dueñas..... 237
"A titularidade dos montes veciñais en man común e a esixencia legal de realizar algunha actividade relacionada co monte", por Carmen Fernández Santiago..... 260
"Montes vecinales en mano común", por Isabel Julia González Dorrego..... 273
"La problemática de los linderos de los montes vecinales en mano común", por Ignacio López-Chaves Castro..... 288
"Las comunidades de montes vecinales en mano común. Su especialidad fiscal", por Maria Milagros Sieiro Constenla..... 296
III.- Actas de las sesiones y conclusiones..... 312

Pág.

Sección Quinta: Obligaciones y contratos:..... 323
I.- Ponencia..... 324
II.- Actas de las sesiones y conclusiones..... 350

Sección Sexta: Sucesiones:..... 355
I.- Ponencia..... 357
II.- Comunicaciones:
"Consideración crítica a la contraposición entre la libertad de testar y el sistema de legítima", por Maria Mercedes Bermejo Pumar ... 375
"Consideraciones acerca de la partición realizada por el testador en la regulación de la Ley de Derecho civil de Galicia, por Antonio Legerén Molina..... 380
"El testamento mancomunado ante la reforma de la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho civil de Galicia", por Marcos A. López Suárez..... 396
"Cuestiones sobre el derecho de labrar y poseer, las apartaciones y de las legítimas", por José Puentes González..... 418
III.- Actas de las sesiones y conclusiones..... 423

Sección Séptima: Temas libres y comunicaciones varias:..... 458
I.- Comunicaciones:
"Algunas características de la mediación familiar en Galicia", por Rosana Corral García..... 459
"El Derecho foral en el siglo XXI", por Roberto Francisco García Mondelo..... 467
"Veinte años de autonomía en Galicia", por Jaime Rodríguez-Arana Muñoz..... 474
"Guía para procesos electorales. Criterios desde el punto de vista de la legalidad vigente, a tener en cuenta para las elecciones a representantes de los trabajadores de empresa", por Gonzalo Iglesias Rial..... 481
"Análisis sobre medidas legislativas para incentivar la construcción de buques", por Gonzalo Velasco Pazos..... 499
"Propuesta de reforma del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones", comunicación del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de La Coruña..... 531
II.- Actas de las sesiones y conclusiones..... 534

ACTA DE LA SESIÓN PLENARIA..... 537

CONCLUSIONES DEL III CONGRESO DE DERECHO GALLEGO..... 551

RELACIÓN DE CONGRESISTAS..... 583

REPORTAJE GRAFICO..... 589