

**RODRÍGUEZ MONTERO, Ramón P.: *Servidumbres y serventías. Estudios sobre su regulación jurídica y desarrollo jurisprudencial en Galicia*, ed. Netbiblo, A Coruña, 2001, 232 pp.**

La consideración de Galicia como territorio foral no ha estado exenta de dudas. Muestra de ello fueron las discrepancias surgidas en la etapa codificadora sobre la atribución al territorio de su actual régimen. Los foralistas defendieron la especialidad del Derecho gallego en el carácter eminentemente consuetudinario de este Derecho, además de la existencia de ciertas disposiciones escritas.

El primer intento de recoger en un texto escrito el Derecho gallego fue «la Compilación del Derecho civil especial» de 2 de diciembre de 1963, que fue severamente criticada debido a su carácter fragmentario e incompleto. Ya en el período constitucional la Ley 7/1987, de 10 de noviembre, bajo el título de «Compilación del Derecho civil de Galicia» trató de integrar la antigua Compilación al Ordenamiento jurídico gallego y a su vez armonizarlo con el texto constitucional. En la actualidad el marco normativo gallego en el ámbito civil queda recogido por la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia, cuya parte referida a servidumbres y serventías, es el objeto de estudio de la monografía del profesor Rodríguez Montero.

La nueva Ley no se limita a recoger todas las instituciones de raigambre consuetudinaria que ya se encontraban en la Compilación de 1963, sino que regula otras figuras jurídicas que no habían sido sistematizadas, como es el caso de las servidumbres y de las serventías.

Si bien constituyen dos instituciones jurídicas que poseen la misma finalidad práctica, (procurar el paso a los propietarios de las fincas colindantes para desarrollar las distintas labores agrícolas) difieren en cuanto a su estructura y regulación. La propia LDCG regula en preceptos separados las dos figuras.

El origen de estas prácticas se deriva de las características básicas de la propiedad en Galicia, como son un marcado minifundismo y el destino agrario de las tierras. El paso realizado a través de las fincas colindantes, que ha dado lugar a las actuales figuras jurídicas de las serventías y las servidumbres, posee como función primordial el adecuado aprovechamiento de la propiedad agraria.

Las diferencias básicas entre ambas figuras se extraen de su propia estructura. Así, mientras que la servidumbre de paso necesita para constituirse de un predio dominante y otro sirviente, constituyéndose a favor del primero un *iure in re aliena*, la serventía, tal como señala el artículo 30 LDCG se forma sobre terrenos de propiedad particular cedidos por cada uno de los colindantes, pudiendo disfrutarlo los mismos y sin que conste el dominio del camino.

El origen de las serventías se anudó a las agras o vilares<sup>1</sup>. No obstante el empleo de esta figura jurídica se permite no sólo para las leiras que formen un agra, sino también para otras leiras colindantes que quieran servirse de ella (STSJ de Galicia de 24 de junio 1997).

---

<sup>1</sup> Agro, agra o vilar: superficie rústica continua, generalmente destinada a labradío, dividida en parcelas pertenecientes a distintos propietarios (leiras). Es una superficie cercada, sobre la cual se establecen una serie de caminos o vías consustanciales al agro y por la que los titulares de las «leiras» pueden ejercitar el paso.

En cuanto a las servidumbres, categoría sobre la que más ha profundizado el profesor Rodríguez Montero, la ley ha recogido en su artículo 25 las posibles formas de adquisición de este derecho real, resultando totalmente novedosa la posibilidad de adquirirla por prescripción adquisitiva o usucapión. Esta forma de adquisición no aparece recogida por el Código civil para las servidumbres discontinuas, dentro de las cuales se encuentra la servidumbre de paso, quedando exclusivamente establecida para las servidumbres continuas y aparentes. De igual forma no ha existido dentro del Derecho consuetudinario gallego una práctica semejante.

La inclusión de una nueva forma de adquisición de las servidumbres de paso, que según Rodríguez Montero no cuenta con precedente alguno en la práctica gallega, conduce a que se cuestione hasta donde ha de alcanzar la habilitación que el artículo 149 CE realiza a favor de los territorios forales; es decir, cuál es el límite para el desarrollo y modificación de los derechos específicos de esos territorios. Es más, se podría cuestionar la constitucionalidad de una norma que regula una nueva forma de adquirir un derecho y que no cuenta con precedente alguno en la práctica gallega. No obstante, el TC se ha pronunciado en alguna resolución en relación al tema, prohibiendo que la potestad legislativa conferida a estas comunidades autónomas en materia de Derecho civil se extienda a la regulación de instituciones ajenas, pero concediéndoles la posibilidad de que en el desarrollo de sus Derechos forales complementen la regulación de sus instituciones forales.

Para aclarar cuáles fueron los motivos que condujeron al legislador gallego a incluir en la LDCG una nueva forma de adquirir la servidumbre, el profesor Rodríguez Montero ha analizado los antecedentes históricos de esta institución. Así lo que originariamente se configuraba como unas simples relaciones de vecindad entre las distintas fincas con el fin de favorecer la explotación agraria de las mismas, se convirtió en fuente de conflictos para sus titulares, que buscaron el reconocimiento jurídico de las situaciones y prácticas de hecho. Los propietarios de los terrenos recurrieron en un primer momento al medio proporcionado por la prescripción inmemorial y al artículo 564 CC en lo referente a la constitución forzosa de servidumbres en supuestos de fincas enclavadas. Pero el recurso a la prescripción inmemorial que inicialmente pudo satisfacer las pretensiones de reconocimiento de los derechos de servidumbre de los titulares de los terrenos, dejó de producir tales efectos debido a que junto al título los Tribunales venían exigiendo para su acreditación, una prueba testifical relativa a la práctica que se había venido desempeñando desde tiempo inmemorial; con esa inmemorialidad se hacía referencia a que esa costumbre hubiese venido realizándose y hubiese quedado establecida con anterioridad a la entrada en vigor del Código civil.

Pero los testigos que podían acreditar esas prácticas disminuirían progresivamente en número y aumentarían en edad. De ahí surgió la necesidad de recurrir a otros medios que dotaran de una mayor seguridad jurídica a estas situaciones cuya práctica inmemorial no podía probarse. Entre las propuestas que se presentaron para tratar de dar solución al problema se optó por el recurso a la prescripción adquisitiva. El plazo requerido para que pudiese alcanzarse la firmeza del derecho dentro del ámbito jurídico fue el de veinte años. Con ello quedaba aparentemente solucionada la cuestión por la vía legislativa.

En cuanto a la cuestión de la intertemporalidad de la Ley en lo referente a la adquisición de las servidumbres de paso por prescripción adquisitiva, el legislador no estableció de forma expresa la posibilidad de aplicación retroac-

tiva del precepto que lo regulaba lo que es objeto de censura por el profesor Rodríguez Montero. Y ello por más que los recurrentes en las distintas sentencias que se han planteado sobre el tema ante el TSJ gallego (15/98 y 16/98, de 24 de septiembre de 1998 y 4/99, de 2 de marzo de 1999) aduzcan una presunción de retroactividad contenida en el artículo 25 LDCG *in fine* cuando dice que «[i]gualmente, 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*». Una interpretación gramatical de ese párrafo lleva al error de considerar al artículo como norma de Derecho transitorio, como dice el TSJ en la última sentencia citada, el precepto se refiere a los modos de adquirir según vienen recogidos de forma indirecta en el artículo 1960 CC. El artículo 538 CC también fue utilizado en las otras dos resoluciones para justificar el carácter superfluo de la última precisión del artículo 25 LDCG, puesto que si el artículo 538 distingue entre dos tipos de servidumbres no lo hace así el artículo 25.

En todo caso y partiendo de que el artículo 25 no regula nada en cuanto a la posibilidad de su aplicación retroactiva se ha de acudir a las disposiciones transitorias de la LDCG. La DT 4.<sup>a</sup> remite los problemas sobre transitoriedad a falta de previsión normativa en la misma a los principios que informan las Disposiciones Transitorias del Código civil. Por lo tanto la vía a seguir será el análisis de estos principios contenidos en las normas del Derecho civil común.

En principio las normas de Derecho Transitorio del Código civil establecen como principio general que las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo. Este principio es recogido de forma particular por el resto de Disposiciones Transitorias y en concreto la DT 1.<sup>a</sup> establece que los derechos que aparezcan declarados por primera vez en el código tendrán efecto incluso aunque el hecho que los originase se hubiese verificado bajo la legislación anterior, con la salvedad de no perjudicar a otros derechos adquiridos. A su vez el artículo 2.3 CC establece que las leyes no tendrán efectos retroactivos a menos que en ellas se dispusiese lo contrario y en todo caso salvaguardando el artículo 9.3 CE. Ésta fue la argumentación sobre la cual se denegó por la STSJ gallego 4/99 la posible aplicación retroactiva de la adquisición del derecho de servidumbre por usucapión, y que sin duda se configura como la más clara de las tres en las que se ha pronunciado el Tribunal sobre el mismo tema. No obstante y sin perjuicio de la vía argumentativa que siguió el Tribunal en cada uno de los casos enjuiciados la conclusión a la que se llegó fue idéntica: se denegó la posible aplicación retroactiva de la prescripción adquisitiva a las servidumbres de paso.

Por lo tanto ante la pasividad del legislador, que según el criterio del profesor Rodríguez Montero podría haber optado por introducir una Disposición Transitoria dentro de la LDCG en la que se pronunciase sobre la intertemporalidad de la norma, han tenido que ser los Tribunales los que solucionen jurisdiccionalmente la cuestión.

Al haberse pronunciado el TSJ gallego en contra de la aplicación retroactiva de la prescripción adquisitiva de las servidumbres de paso, el problema que en principio se planteó, y que como se dijo parecía haber quedado resuelto, persistirá hasta que transcurran veinte años desde la entrada en vigor de la Ley, por lo que no se conseguirá poner fin por el momento a la litigiosidad que la cuestión suscitaba, e incluso podrá verse incrementada cuando los pro-

pietarios de los fundos sirvientes intenten mantener sus predios libres de cargas ante la inminente configuración de los derechos reales sobre ellas.

Dentro de la monografía se hace referencia y comparación continua a la regulación de las servidumbres dentro de otras compilaciones forales, que pueden tomarse como punto de partida para tratar de solucionar las deficiencias de la LDCG, a la vez que ha servido al autor para enriquecer su estudio.

En definitiva, tras el análisis sobre los continuos problemas que el ejercicio de los derechos o costumbres de paso provocan, el profesor Rodríguez Montero considera que sin perjuicio de la actuación del legislador y de los Tribunales para tratar de resolver los conflictos que los derechos de paso provocan, la vía sobre la que de forma más acertada se debería actuar sería la erradicación del problema desde su fuente, que no es otra que el excesivo minifundismo que caracteriza al campo gallego. El mecanismo propuesto, como no podía ser otro, es el de la concentración parcelaria, que podría solucionar en parte la conflictividad, pero que no conseguiría de forma absoluta eliminarla. Por ello sería conveniente que el legislador tomase medidas no sólo por la vía de la concentración parcelaria, sino también en cuanto a la adecuada regulación de la figura jurídica de la servidumbre.

En conclusión y por lo que a la valoración crítica de la monografía respecta, es necesario, en primer lugar, destacar el trabajo del profesor Rodríguez Montero, al tratar de explicar el problema que se plantea en Galicia en los casos de reconocimiento y diferenciación de los diferentes derechos y prácticas de paso. Ello no sólo por el razonamiento jurídico que en sus páginas se puede encontrar, sino también por la exposición de los antecedentes históricos de la cuestión, que han conducido al campo gallego a los actuales problemas que se plantean en torno a los derechos de paso.

Si ha de hacerse algún reproche (siempre menor y de carácter meramente formal) a este destacable estudio, no es otro que el hecho de que el autor ha incluido en él lo que fueron diversos artículos suyos, publicados desde el año 1996 en diversas revistas jurídicas gallegas, siendo sus dos últimos capítulos comunicaciones presentadas en sendos congresos. Un método que ya advierte el autor en la presentación al libro, en el que expresa la conveniencia de mantenerlos en su forma original, pero que da lugar a ciertas reiteraciones en el tratamiento de algunos temas. En cualquier caso, y como queda dicho, se trata de objeciones de rango menor, que en nada desdican la excelencia del estudio del profesor Rodríguez Montero.

Azahara RODRIGO ALARCÓN  
Becaria de FPU del MECED