

NOTAS SOBRE A CONSIDERACIÓN XURÍDICA DAS EIRAS DE MALLAR EN GALICIA*

José Luis Ramos Blanco

Investigador predoctoral del Área de Derecho Romano
Universidade da Coruña

Recepción: 5 de diciembre de 2014

Aprobado por el Consejo de redacción: 5 de diciembre de 2014

RESUMO: No presente estudo analízanse de forma crítica os problemas interpretativos xurdidos en relación á natureza xurídica das *eiras* no ámbito rural galego, tomando como punto de referencia tanto os distintos argumentos sostidos polos tribunais en orde á súa consideración como comunidade de natureza xermánica ou romana, así como os escritos antropolóxicos dedicados á análise da configuración e o funcionamento destas.

PALABRAS CHAVE: Aira; eira; comunidade xermánica; comunidade romana; malla; peculiaridades xurídicas galegas; natureza xurídica.

ABSTRACT: This study critically analyzes the interpretative problems in relation to the legal nature of "eiras" in the Galician rural area, taking as a point of reference the arguments supported by Galician and Spanish Courts in their decisions in order to its consideration as a Common property or Joint ownership of property, as well as the anthropological writings dedicated to the analysis of the configuration and operation of "eiras".

KEYWORDS: Aira; eira; Common property; Joint ownership of property; malla; Galician legal peculiarities; legal nature.

* V Premio Lois Tobío de Investigación Xurídica en Lingua Galega, na súa modalidade de licenciados.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. TIPOS DE *EIRAS*. III. NATUREZA XURÍDICA DAS *EIRAS*: COMUNIDADE ROMANA OU XERMÁNICA? IV. CONCLUSIÓN. V. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

En Galicia, todos os labradores contaban cun lugar onde poder trillar os cereais, coñecido baixo a denominación de *eira* ou *aira de mallar*¹. Esta constituía, no pasado, un importante complemento das explotacións agrícolas na economía campesiña, pero, na actualidade, e xa desde longo tempo, desapareceu nas parroquias rurais de Galicia o costume de efectuar a trilla do cereal –fundamentalmente centeo, aínda que tamén trigo, avea e cebada²– nos devanditos terreos dedicados orixinarimente a tales labores.

Ao falar das *eiras* estase a facer referencia a un pequeno cuadrante de terreo chairo situado próximo á casa do labrador –que, en ocasións, formaba parte desta, ao lado ou preto do curral e o hórreo, para facilitar as faenas de carrexo e almacenamento dos produtos–, ou nos arredores da aldea, situado nun lugar despexado, sen obstáculos que impedisen ou dificultasen a acción do vento, imprescindible para airear o cereal, e orientado a nacente para que o sol quentase o gran desde primeira hora da mañá, porque para a *malla* era conveniente que o cereal estivese o máis quente posible³.

A maioría das *eiras* eran de terra, aínda que tamén as había de pedra⁴, cemento, cera, arxila ou barro⁵. En calquera caso, todas elas requirían unha serie de traballos preparatorios

- 1 A trilla chámase, en Galicia, a *malla*, polo uso antigo de facela a man cos denominados *mallos*, compostos dun varal longo e un *pértego*, co que se golpeaba o cereal. Non obstante, a progresiva xeneralización de maquinaria moderna destinada ao desempeño de tales labores provocou un xiro radical na modalidade tradicional da súa execución. Cfr. RISCO, V., "Una parroquia gallega en los años 1920–1925", en *Revista de Dialectología y Tradiciones Populares*, tomo XV, Madrid 1959, p. 406. En relación coas distintas nomenclaturas empregadas no territorio galego para referirse ás *eiras* vid. RIVAS QUINTAS, E., *Pan, sega e malla. Medidas*, Ed. Grafo Dos, Ourense 1999, pp. 156 e ss. Por outro lado, o termo equivalente en castelán de *eira* ou *aira* é *era*. A Real Academia Española define o termo *era* como aquel "espazo de terra limpa e firme, algunhas veces empedrada, onde se trillan os cereais".
- 2 Vid. LORENZO FERNÁNDEZ, X., "Etnografía: cultura material", en *Historia de Galiza*, dir. por OTERO PEDRAYO, R., vol. II, Ed. Akal, Madrid 1979–1980, pp. 216 e ss.; FERNÁNDEZ DE ROTA, J. A., *Antropología de un viejo paisaje gallego*, Centro de Investigaciones Sociológicas: Siglo XXI de España, Madrid 1984, p. 70.
- 3 Cfr. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, E., *Diccionario enciclopédico gallego–castellano*, tomo II, Ed. Galaxia, Vigo 1958–1961, p. 147; LORENZO FERNÁNDEZ, X., *op. cit.*, p. 217; TENORIO, N., *La aldea gallega*, Edicións Xerais de Galicia, Vigo 1982, p. 40; FERNÁNDEZ DE ROTA, J. A., *op. cit.*, p. 70; RIVAS QUINTAS, E., *op. cit.*, p. 147.
- 4 FIDALGO SANTAMARIÑA sinala, en relación coas *eiras* de pedra da zona lucense do termo municipal de Friol, que estas se configuraban, normalmente, como unha especie de cuadrante cuberto de pedras cun rebordo que sobresaía aos lados deste uns vinte centímetros de altura, aproximadamente. O rebordo impedía que o día da *malla* o gran saíse fóra do espazo preparado, e que durante o ano o céspede se propagase sobre a base da *eira*. Observando o material empregado para a súa construción, distínguense distintos tipos de *eiras* de pedra: as construídas con pedras de granito (pranchas asociadas, cubrindo o cuadrante do terreo asignado á *eira*), de lousas e pedra (os espazos existentes entre materiais enchíanse con cemento para que a herba non crecese polas rañuras), de cemento (unha capa de pedra e grava sobre a que se tendía unha capa de cemento) e as construídas na rocha (rebaixando e pulindo unha ou máis rochas existentes no espazo designado para a súa situación). Cfr. FIDALGO SANTAMARIÑA, J. A., *Antropología de una parroquia rural*, Ed. Caixa Rural Provincial de Ourense, Ourense 1988, p. 73. Vid. tamén LORENZO FERNÁNDEZ, X., *op. cit.*, p. 127.
- 5 Sobre os distintos tipos de *eiras* vid. RIVAS QUINTAS, E., *op. cit.*, pp. 149 e ss.

para poder dar comezo á *malla* dos cereais⁶. Así, tratándose de *eiras* de terra, era preciso limpar primeiro ben a súa superficie, quitando as pedras e areas. A continuación, cubríase o chan cunha masa formada por excrementos de animais –normalmente de gando vacún– mesturados con auga, coñecida co nome de *paparruallo*. Finalmente, unha vez rematada a devandita tarefa, deixábase secar durante varios días ata formar unha capa dura e lisa sobre a face da *eira*⁷. A razón de ser desta operación era evitar que o gran dos cereais se mesturase coa terra, así como facilitar o varrido da *eira* durante a *malla*⁸. Pola súa banda, as *eiras* de pedra non necesitaban máis preparación que o simple varrido do solo.

Unha vez acondicionada a *eira*, comezaba a *malla* propiamente dita. O día sinalado para a *malla* debía ser un día de sol, normalmente do mes de xullo ou agosto⁹. Estendidos os cereais sobre a *eira*, os homes, con *mallo*¹⁰ en man, formaban dúas filas ao redor da pila de cereais (*mollos*), colocándose fronte a fronte, unha metade dun lado e a outra do outro. Mallaban os homes ao compás, pois mentres os *pértegos* dun lado golpeaban á vez o cereal, os do outro estaban no aire¹¹.

Na *malla* participaban todos os veciños dunha área espacial, superando rivalidades e profundos enfrontamentos. O fundamento desta cooperación radicaba na necesidade de que o cereal cortado estivese pouco tempo estendido, xa que, se chovese sobre el, a trilla dos cereais resultaría imposible, podendo chegar a perderse, mesmo, o froito de todo o esforzo do cultivo. Por este motivo, a *malla* adoitaba facerse por lugares, onde as casas se axudaban entre si¹².

6 Sobre os traballos preparatorios *vid.* RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, E., *op. cit.*, p. 147; TENORIO, N., *op. cit.*, pp. 40 e ss.; FERNÁNDEZ DE ROTA, J. A., *op. cit.*, p. 70; FIDALGO SANTAMARIÑA, J. A., *op. cit.*, p. 73; RIVAS QUINTAS, E., *op. cit.*, pp. 159 e ss.; CERRATO ÁLVAREZ, A., *Vellos traballos comunitarios do mundo labrego*, Asociación Galega para a Cultura e a Ecoloxía, Vigo 2007, p. 112.

7 A mesma forma de operar no acondicionamento das *eiras* de terra seguíase nas de arxila ou barro, aínda que como non sempre había con qué, recorríase tamén, nestes casos, ao excremento de vaca. *Cfr.* RIVAS QUINTAS, E., *op. cit.*, pp. 159 e ss.

8 Segundo FERNÁNDEZ DE ROTA unha vez seca a *bosta* (excremento da vaca), esta ía adquirindo unha lisura e dureza “coma se fose de cemento”. *Cfr.* FERNÁNDEZ DE ROTA, J. A., *op. cit.*, p. 70. *Vid.* tamén RISCO, V., *op. cit.*, p. 406.

9 *Vid.* RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, E., *op. cit.*, p. 572; LORENZO FERNÁNDEZ, X., *op. cit.*, p. 127; CASTIÑEIRAS, M. A., *Os traballos e os días na Galicia Medieval*, Servicio de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela 1995, p. 64.

10 Sacábanse os grans do cereal golpeando o cereal cun instrumento de madeira, chamado *mallo*, que constaba de dúas pezas: a *mangueira*, que era a vara que o *mallador* collía coas dúas mans, e o *pértego*, peza coa que se azoutaba o cereal na mesma *eira*. A *mangueira* e o *pértego* estaban unidos polo *oncedoiro*, que se achaba, á súa vez, formado por unha cápsula ou *casula* de coiro sen curtir, colocado no extremo de cada unha das dúas citadas pezas, as cales deixaban xogar libremente o *pértego*. *Cfr.* RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, E., *op. cit.*, p. 573. Sobre as diversas nomenclaturas dadas ao mencionado instrumento nas distintas zonas xeográficas de Galicia *vid.* RIVAS QUINTAS, E., *op. cit.*, pp. 186 e ss.

11 Para unha descrición máis detallada do desenvolvemento da *malla* *vid.* RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, E., *op. cit.*, p. 572; LORENZO FERNÁNDEZ, X., *op. cit.*, p. 218; TENORIO, N., *op. cit.*, pp. 41 e ss.; CARDESÍN, J. M., *Tierra, trabajo y reproducción social en una aldea gallega (s. XVIII–XX): muerte de unos, vida de otros*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid 1992, pp. 131 e ss.

12 A esta cuestión refírese, por exemplo, a sentenza da Audiencia Provincial de Ourense (Sección 2ª) do 24 de marzo de 2004 ao sinalar que “as eiras (...) obedecen a unha necesidade sentida polo grupo social de contar con espazos axeitados que lles sirvan para o desenvolvemento das actividades agrícolas e nas que, comunmente, se contaba coa colaboración dos restantes veciños”. Ademais, ao igual que na sega e na matanza, tamén na *malla* rexía, nor-

Non obstante, a progresiva xeneralización de modernas máquinas trilladoras (*malladoras*) foi desprazando progresivamente o *modus operandi* tradicional da *malla* nas *eiras* que se acaba de describir¹³. Actualmente, tal ancestral modo de proceder na trilla do cereal abandonouse e, con iso, a función orixinaria e específica que viñan cumprindo as *eiras*¹⁴. No seu lugar, os devanditos terreos empréganse, hoxe en día, para outras finalidades diversas tales como servizo de paso, aparcadoiro de maquinaria agrícola, depósito de leñas, area, grava e outros produtos agrícolas e de construción, ou como espazo dedicado a campos de feira e outros similares¹⁵.

Aínda que *a priori* podería parecer que as *eiras* constitúen unha simple reliquia histórica que perdeu interese e transcendencia no momento presente, o certo é que aínda na actualidade se formulan ante os tribunais problemas interpretativos en relación coa súa natureza xurídica. Neste sentido, son dúas as teses que foron formuladas polos órganos xurisdiccionais: por un lado, a que defende a súa condición de comunidade xermánica (Audiencia Provincial de Ourense, Sección 2ª, sentenza núm. 60/2002, do 25 de febreiro) e, por outro, a que avoga pola súa consideración como comunidade romana (Audiencia Provincial de Lugo, sentenza núm. 292/1998, do 22 de abril).

As liñas que a continuación seguen están dedicadas, precisamente, ao estudo dos problemas xerados respecto á determinación da natureza xurídica das *eiras*, tomando como punto de referencia tanto os distintos argumentos sostidos polos tribunais para a súa consideración como comunidade de carácter xermánico ou romano, como os escritos antropolóxicos dedicados á análise da configuración e o funcionamento das *eiras*.

II. TIPOS DE EIRAS

En relación cos distintos tipos de *eiras* que se viñeron observando no ámbito rural galego, de cuxa existencia nos informan os estudos antropolóxicos, indícase que as *eiras*

malmente, a cooperación veciñal da *roga*, a *axuda*, *troque* ou a *xeira* e *tornaxeira*. Tratábase dunha práctica moi arraigada no ámbito rural galego, consistente na axuda recíproca entre os veciños dun lugar no desempeño dos traballos agrícolas, sen que mediase o diñeiro como contraprestación, senón a simple compensación en traballo. Vid. a este respecto MARTÍNEZ-RISCO Y MACÍAS, S., "Institucións que acobexan formas de vida comunitaria", en *Libro del Congreso de Derecho Gallego*, dir. por CARBALLAL PERNAS R. e RICO GARCIA, M., que tivo lugar na Coruña nos días 23 ao 28 de outubro de 1972, promovido polo Ilustre Colexio de Avogados de Galicia e a Academia Galega de Xurisprudencia e Lexislación, editado pola Comisión Executiva do devandito congreso, A Coruña 1974, pp. 290 e ss.; LORENZO FERNÁNDEZ, X., *op. cit.* pp. 217 e ss.; TENORIO, N., *op. cit.*, pp. 29 e ss.; FERNÁNDEZ DE ROTA, J. A., *op. cit.*, pp. 119 e ss.

- 13 Canto ao funcionamento e evolución dos distintos tipos de máquinas empregadas nas *eiras* para a trilla do cereal *vid.* FIDALGO SANTAMARIÑA, J. A., *op. cit.*, pp. 71 e ss.
- 14 Así o puxo de manifesto, entre outros órganos xurisdiccionais, a Audiencia Provincial de Lugo na súa sentenza núm. 292/1998, do 22 de abril, ao afirmar que "é coñecido que na actualidade, e desde hai xa varios anos, desapareceu o costume de efectuar a malla dos cereais nos terreos que, en común ou con carácter privativo, existía nos diferentes lugares das nosas parroquias rurais; tal transformación produciuse, obviamente, coa introdución, xeneralizada, de maquinaria que realiza esas tarefas e así hoxe tal actividade mudou o seu sentido e, con iso, tamén deixaron de ter aplicación apropiada as *eiras* que, de antigo, tiñan ese destino específico: realizar a «malla». Vid. tamén RISCO, V., *op. cit.*, p. 406; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, E., *op. cit.*, p. 572; FIDALGO SANTAMARIÑA, J. A., *op. cit.*, p. 71; RIVAS QUINTAS, E., *op. cit.*, p. 149.
- 15 Neste sentido *vid.*, por exemplo, a sentenza da Audiencia Provincial de Ourense (Sección 2ª) núm. 60/2002, do 25 de febreiro, ou a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Civil e Penal, Sección 1ª) núm. 4/2005, do 9 de febreiro.

podían pertencer a todo o pobo, a varias persoas en réxime de copropiedade, ou ter cada casa a súa propia. Desde o punto de vista da propiedade¹⁶, os distintos tipos de *eiras* existentes no territorio galego pódense clasificar en dous grandes grupos: as comunais e as privativas. A clase de *eiras* predominante en Galicia constitúe un aspecto de difícil determinación, dada a escaseza de datos ao respecto. Aínda así, dos estudos antropolóxicos manexados, resulta posible soste que en Galicia a maioría das *eiras* terían sido comunais¹⁷.

Respecto aos distintos tipos de *eiras*, e tomando en consideración os indicados estudos antropolóxicos, cabería facer as seguintes matizacións:

As *eiras* de propiedade comunal, tamén denominadas *eira de todos* ou *eira de aldea*, predominaban na provincia de Ourense¹⁸. Os dereitos de propiedade son da parroquia en canto tal; esta outórgaos condicionalmente aos veciños, é dicir, sempre que a súa veciñanza sexa efectiva, física, enraizada na terra parroquial como os muros da casa que posúen. É á casa á que de feito pasan os lotes, non aos seus moradores temporais. Os dereitos de propiedade da parroquia son estables, permanentes; os usufrutuarios sono na medida en que participan desa permanencia¹⁹.

Segundo GARCÍA RAMOS esta propiedade créase polos que a ela contribúen, non como individuos, senón como veciños; tanto é así, que se un traslada a súa residencia ou se ausenta, nada pode esixir pola súa participación na comunidade. É propiedade comunal para a aldea, para a parroquia, como tales entidades e, por conseguinte, só os residentes nela teñen dereito á súa utilización²⁰.

16 A clasificación dos distintos tipos de *eiras* lévase a cabo desde o punto de vista da propiedade, e non do uso, debido a que, aínda que as *eiras* podían ser, como se sinalou, de todo o pobo, ter cada casa a súa propia, ou pertencer a varias persoas en réxime de copropiedade, adoitaba permitirse tamén, nestes dous últimos supostos, que outras persoas distintas aos propietarios efectuasen a *malla* nelas. Así, a Audiencia Provincial da Coruña (Sección 3ª) sinala na súa sentenza núm. 73/2006, do 3 de marzo que "os veciños actuaban primeiro sobre a colleita dun, e despois dos demais, sucesivamente, pero colaborando todos na de todos, para poder facelo con rapidez no seu tempo. E esta actuación faise sobre un terreo que acaba sendo considerado común. Parcela que normalmente é o produto dunha ou varias cesións que fan distintos propietarios: cada un cede un anaco, ata perder o concepto de patrimonio particular para pasar a ser propiedade de todos. Considérase propiedade común ou pública (no sentido vulgar da palabra)". *Vid.* tamén BOUHIER, A., *Galicia ensaio xeográfico de análise e interpretación dun vello complexo agrario*, trad. por CASAL, B., tomo I, Consellería de Agricultura, Gandería e Montes, Santiago de Compostela 2001, p. 410.

17 *Vid.* RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, E., *op. cit.*, p. 572; LORENZO FERNÁNDEZ, X., *op. cit.*, p. 127; RIVAS QUINTAS, E., *op. cit.*, pp. 148 e ss.; GARCÍA RAMOS, A., *Arqueología jurídico-consuetudinaria-económica de la región gallega*, Consello da Cultura Galega, Santiago de Compostela 1989, pp. 36 e ss.; LISÓN TOLOSANA, C., *Antropología cultural de Galicia*, Ed. Akal, 3ª ed., Madrid 1990, p. 65; CERRATO ÁLVAREZ, A., *op. cit.*, p. 111.

18 *Cfr.* FIDALGO SANTAMARIÑA, J. A., *op. cit.*, p. 73. *Vid.* tamén CERRATO ÁLVAREZ, A., *op. cit.*, p. 111. En relación con este tipo de *eiras*, o artigo 79.3 da Lei de bases de réxime local, do 2 de abril de 1985, establece que teñen a condición de comunais aqueles bens cuxo aproveitamento corresponde ao común dos veciños. A súa titularidade é compartida, e correspóndelles ao ente local as facultades de administración e conservación, e aos veciños a facultade de aproveitamento.

19 *Cfr.* LISÓN TOLOSANA, C., *op. cit.*, pp. 65 e ss. Así mesmo, este autor sinala, en relación cos montes parroquiais, que en Feira do Monte (Cospeito, Lugo) se repartiron –antes e á entrada da República– montes parroquiais para o cultivo. Déronse a partes iguais a cada veciño; cada un sacaba a súa sorte e dábase á casa, mesmo a un que tiña tres casas lle daban tres lotes, e mentres houbese xente na casa, o lote pertencíalle. Se viña outro caseiro, este gozaba do lote, non o que se ía, a non ser que se fose a vivir dentro da mesma parroquia, porque os lotes se fixeron nas parroquias. *Cfr.* LISÓN TOLOSANA, C., *op. cit.*, p. 65.

20 *Cfr.* GARCÍA RAMOS, A., *op. cit.*, p. 36. A sentenza da Audiencia Provincial de Ourense (Sección 2ª) do 24 de marzo de 2004 dispón que "o título de comuneiro, nos bens comunais, deriva da condición de veciño de determinada «entida-

Sabíase e respectábase o lugar ou situación que correspondía na *eira* a cada familia. No momento de efectuar a *malla*, os veciños avisábanse coa debida antelación e tomaban vez, realizándoa por quenda rigorosa²¹. Ao rematar cada familia de realizar a súa *malla*, tiña a obriga de deixar a *eira* limpa, varrida e sen obstáculos para que o seguinte veciño puidese utilizala debidamente. Todo este proceso que se acaba de describir non estaba regulado por normas escritas, senón por regras de natureza consuetudinaria que se viñan respectando estritamente desde sempre²².

Respecto ás *eiras* privativas, cabe sinalar que, a pesar do anteriormente indicado, tamén era frecuente que cada casa tivese a súa propia *eira de mallar*. Esta adoitaba acharse nun lugar próximo á casa labrega, podendo chegar, mesmo, a formar parte desta, ao lado ou preto do curral e o hórreo, co fin de facer máis doadas as faenas de carrexo e o almacenado dos produtos²³.

Así mesmo, as *eiras* podían ser comúns, pero non no sentido de pertenceren en propiedade á comunidade do pobo, senón a un determinado número de veciños en réxime de proindivisión. A esta distinción referiuse a Audiencia Provincial de Ourense (Sección 2ª) na súa sentenza do 24 de marzo de 2004, ao indicar que "non existe unha única clase de bens comunais pois o único decisivo destes é o aproveitamento en común por certos veciños, podendo pertencer os mesmos a todo un municipio ou parte deste (...)". Tamén, neste caso, a *malla* efectuábase por quendas, ao igual que nas *eiras* comunais²⁴.

Había tamén *eiras* de propiedade familiar, denominadas *eiras de herdeiros*²⁵, nas que o dereito a *mallar* pertencía aos membros da familia. Segundo Risco, "cada partícipe ten xa o costume, que viña dos antepasados dos cales herdaron o dereito a *mallar* alí, de armar o medo nun lugar determinado da eira, e pretender cambialo orixina disputas e desgustos. A eira é un lugar moi respectado: non se poden abrir novas luces nas casas sobre a eira; a malla fana os partícipes por rigorosa quenda, xa acordada por conformidade de todos, xa por sorteo; o dereito pérdese por deixar de utilizar a eira durante vinte anos ou por mudarse

de local», e así o artigo 18 da LRL –Lei 7/1985, do 2 de abril, reguladora das bases de réxime local– considera como dereitos dos veciños o aproveitamento dos bens comunais".

- 21 Vid. LORENZO FERNÁNDEZ, X., *op. cit.*, p. 127; GARCÍA RAMOS, A., *op. cit.*, p. 36; RIVAS QUINTAS, E., *op. cit.*, p. 148. Tamén neste sentido *vid.* a sentenza da Audiencia Provincial de Ourense (Sección 2ª) do 24 de marzo de 2004. Por outro lado, segundo LORENZO FERNÁNDEZ as *eiras* comunais ou *eiras de todos* eran utilizadas na época das *mallas* por unha rigorosa quenda entre os veciños do lugar, pero fóra deste período, ocupábaas o primeiro que as encontraba baleiras. Cfr. LORENZO FERNÁNDEZ, X., *op. cit.*, p. 127.
- 22 Cfr. GARCÍA RAMOS, A., *op. cit.*, pp. 36 e ss. *Vid.* tamén RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, E., *op. cit.*, p. 147; RIVAS QUINTAS, E., *op. cit.*, p. 148.
- 23 Cfr. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, E., *op. cit.*, p. 147. *Vid.* tamén LORENZO FERNÁNDEZ, X., *op. cit.*, p. 127; TENORIO, N., *op. cit.*, p. 40; FERNÁNDEZ DE ROTA, J. A., *op. cit.*, pp. 70 e ss.; RIVAS QUINTAS, E., *op. cit.*, pp. 147 e ss.; BOUHIER, A., *op. cit.*, pp. 123, 130 e 171.
- 24 Segundo RIVAS QUINTAS, en Ganade había varias *eiras* deste tipo, onde cada barrio tiña a súa. Igualmente en Ferreiros do Courel as *eiras* pertencían a varios veciños. Neste último caso, afirma o autor, cada veciño colocaba nas extremidades da *eira* a súa *meda* ou *medeiro* (conxunto de monllos de cereal, palla ou herba dispostos en forma de cono), e, chegando o momento da *malla*, realizábanse todos os veciños xuntos no centro da *eira* por orde do lugar ocupado nesta. Cfr. RIVAS QUINTAS, E., *op. cit.*, p. 148. *Vid.* tamén MARTÍNEZ-RISCO Y MACÍAS, S., *op. cit.*, pp. 289 e ss.
- 25 Do mesmo modo que as *eiras*, tamén os muíños podían ser de *herdeiros*, nos que as participacións familiares iniciais se foron transmitindo de xeración en xeración, e que hoxe, ao igual que as *eiras*, perderon a súa funcionalidade. Cfr. FARIÑA JAMARDO, J., *La parroquia rural en Galicia*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1981, p. 250.

a outra parroquia, sen que poidan, neste caso, vender ou allear o seu dereito; a eira, ademais, non pode ser vendida máis que a veciños da parroquia"²⁶. Aínda que neste último punto o autor parece contradicirse, debe entenderse que a venda do dereito si estaba permitida, aínda que só aos veciños da parroquia, salvo que se perdera o dereito por deixar de utilizar a eira durante máis de vinte anos, ou por mudarse o partícipe a outra parroquia.

Na zona da Alta Limia, BOUHIER distingue dúas clases de eiras privativas: as provisionais e as instaladas nun posto fixo. As primeiras serían eiras construídas sobre terras de propiedade privada e unicamente para períodos de curta duración, xeralmente dun ano. O autor sinala que os veciños que se asociaran para contribuír á súa construción, dispoñían sobre estas dun dereito de uso para efectuar a *malla* durante o período fixado. A cambio, o propietario do terreo sobre o que se encontrase situada provisionalmente a eira, tería dereito a conservar os mangados (*feixes*) e restos de palla que quedasen no chan unha vez rematadas todas as *mallas*.

O segundo tipo de eiras serían comúns, o que non significa que fosen da comunidade do pobo, senón que cada unha das eiras pertencía en propiedade indivisa a certo número de fogares, concretándose a parte fraccional da propiedade da que dispoñía cada familia participante nun dereito permanente e inviolable de usufruto, transmisible e divisible por herdanza, pero, en principio, non susceptible de ser transferido e practicamente ligado á residencia.

As complicacións que estes dereitos de usufruto formulaban, inevitables pola complexidade do xogo de sucesións, non impedían que se mantivesen certas prioridades e que se conservasen determinadas relacións entre a repartición das eiras comúns e a dos fogares-liñaxes considerados como máis estables. Para BOUHIER, este tipo de eiras serían os vestixios dunha antiga organización social en liñaxes ou en grupos de colonos asociados²⁷.

III. NATUREZA XURÍDICA DAS EIRAS: COMUNIDADE ROMANA OU XERMÁNICA?

Corresponde neste apartado analizar as dúbidas xurdidas en relación coa natureza xurídica das eiras no ámbito rural galego, como consecuencia da mutación que, co paso do tempo, sufriu o uso que se lles viña dando desde antigo como lugar destinado á *malla* dos cereais. A cuestión xurídica para debater concrétase ao redor dos distintos argumentos sostidos pola doutrina e a xurisprudencia para xustificar a natureza de comunidade xermánica ou romana das eiras²⁸.

Como é sabido, o modelo de comunidade que inspira a súa regulación nos artigos 392 a 406 do Código civil (CC) é o romano. Non obstante, iso non significa que no noso dereito

26 RISCO, V., *op. cit.*, p. 406. Segundo RIVAS QUINTAS, "en Castro Verde, a eira é o «patio da casa», pisada de terra dura ou lousa grande. Se logo houberon de saír fora por algunha esixencia, quen era delas herdeiro, houbo de percorrer o seu lugar". RIVAS QUINTAS, E., *op. cit.*, p. 149.

27 *Cfr.* BOUHIER, A., *op. cit.*, p. 410.

28 *Vid.* SEDANE IGLESÍAS, J., "«Usos e costumes propios» do Dereito Civil de Galicia e a súa aplicación xudicial", en *Galicia. Dereito*, coord. por GARCÍA CARIDAD, J. A., tomo I, Hércules de Ediciones, A Coruña 2006, pp. 66 e ss.; BUSTO LAGO, J. M., "Comentario al artículo 52 de la Ley de Derecho Civil de Galicia, en *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, dir. por REBOLLEDO VARELA, A. L., Ed. Thomson Aranzadi, Navarra 2008, pp. 293 e ss.

non se consideren ou recoñezan outras clases de comunidade, nas que resulta posible identificar outros principios que difiren dos que inspiran a coñecida como comunidade romana ou ordinaria²⁹.

A comunidade romana caracterízase polo seu carácter individualista, na que se dá prevalencia ao interese individual de cada comuneiro fronte ao comunitario. Baixo esta concepción, a situación de comunidade concíbese como un estado transitorio, desvantaxoso, pouco rendible e xerador de numerosos conflitos, motivo polo cal se concede a cada comuneiro un poder absoluto sobre a parte do dereito de propiedade que lle corresponde, aparecendo así a idea de cota como trazo característico deste tipo de comunidade. A cota representa unha parte ideal da cousa común da que o comuneiro vai poder dispoñer con carácter separado e individual. Neste sentido, o Código civil non se limitou a permitir que cada comuneiro poida, en calquera momento, abandonar voluntariamente a comunidade dispoñendo da súa cota –alleala, cedela ou hipotecala (artigo 399 CC)–, senón que, inspirado no carácter transitorio, desvantaxoso e pouco rendible que se tende a atribuír á situación de comunidade, tamén lle recoñece a cada comuneiro unha acción para esixir que se divida xudicialmente a cousa común: a denominada *actio communi dividundo* (artigo 400.1 CC)³⁰.

Na comunidade xermánica³¹ priman, pola contra, os intereses colectivos sobre os individuais de cada un dos comuneiros, ao entender que se trata dunha situación vantaxosa

29 Así, por exemplo, a comunidade orixinada en virtude do réxime económico matrimonial, a comunidade hereditaria ou as constituídas para o aproveitamento de pastos, leñas e montes veciñais. Cfr. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *División de la Comunidad de Bienes y Exclusión de la Acción de División*, Thomson Reuters–Aranzadi, Navarra 2014, p. 30.

30 Cfr. ECHEVERRÍA SUMMERS, F., "Comentario al artículo 400", en *Comentarios al Código Civil*, coord. por BERCOVITZ RODRIGUEZ–CANO, R., Ed. Thomson Reuters–Aranzadi, 3ª ed., Navarra 2009, p. 561. Algúns autores cuestionaron este carácter negativo que se adoita atribuír á comunidade, baseándose na idea de que non todas as comunidades constitúen necesariamente unha situación desvantaxosa, posto que existen tamén comunidades que reportan beneficios aos seus comuneiros. Vid., entre outros, PELAYO HORE, S., "La indivisión perpetua en el Código Civil", en *Revista de Derecho Privado*, t. XXVI, Madrid 1942 (enero–diciembre), p. 460; MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., "Comentario a los Artículos 392 a 429 del Código civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por ALBALADEJO, M. y DÍAZ ALABART, S., tomo V, vol. II, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1985, p. 442; GODOY DOMÍNGUEZ, L., "La comunidad funcional", en *Anuario de Derecho Civil*, núm. LV, t. I, Madrid 2002 (xaneiro), p. 166.

31 Como se indicou *supra*, a comunidade xermánica presenta un carácter excepcional na lexislación civil española, como consecuencia do modelo individualista adoptado polo Código civil e as leis especiais. Cfr. 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)*, coord. por BARREIRO PRADO, J. J. R., SÁNCHEZ TATO, E. A. e VARELA CASTRO, L., Asociación Revista Xurídica Galega, Vigo 1996, p. 105. Non obstante, no ámbito rural galego perduraron durante longo tempo prácticas cooperativas e formas comunitarias que contradíen ese individualismo do Código civil. Espírito cooperativo e colectivista que veu imposto polas circunstancias socioeconómicas, históricas e xeográficas da rexión galega. Segundo SAAVEDRA as diversas faenas que o labrego realizaba ao longo do ano precisaban de continuos acordos entre os veciños: o aproveitamento do monte comunal, os dereitos colectivos de pasos e pastos, a necesidade de respectar privilexios señoriais como a fixación das datas das vendimas, etc., eran circunstancias que se opoñían ao "individualismo agrario". Cfr. SAAVEDRA, P., *A vida cotiá en Galicia de 1550–1850*, Servicio de Publicacións da Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela 1992, p. 84. Vid. tamén ARTIME PRIETO, M., "A veciña. A parroquia e a propiedade xermánica en Galicia", en *Estudos do Dereito Civil de Galicia*, SEPT, Santiago de Compostela 1973, pp. 115 e ss.; MARTÍNEZ–RISCO Y MACÍAS, S., *op. cit.*, pp. 279 e ss.; LORENZO FILGUEIRA, V., *Realidad e hipótesis de futuro del Derecho Foral de Galicia*, Ayuntamiento de Pontevedra, Pontevedra 1986, pp. 58 e ss.; RAPOSO ARCEO, J. J., "Las comunidades en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia", en *Derecho Civil Gallego*, coord. por REBOLLEDO VARELA, A. L., RODRIGUEZ MONTERO, R. P. e LORENZO MERINO, F., Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1996, pp. 185 e ss.

para todos, estable e permanente. A diferenza do que acontece na comunidade romana, na xermánica a propiedade sobre o ben común non se divide en cotas ideais entre os comuneiros, e estes carecen da facultade de extinguir a comunidade a través do exercicio da acción de división, operación só permitida por acordo unánime de todos os copropietarios. Non obstante, como establece o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Civil e Penal, Sección 1ª) na súa sentenza núm. 4/2005, do 9 de febreiro, "os titulares gozan da facultade de disolvela –a comunidade– (...) en tanto en canto en cada caso o uso primitivo non fose substituído por outro merecedor de amparo pois o contrario sería admitir a existencia de terras inútiles".

En Galicia o marcado carácter veciñal e familiar das formas tradicionais de organización da produción agrícola, así como o extremo parcelamento do solo rural, permiten falar, como se dixo con anterioridade, dunha tradición consuetudinaria de aproveitamentos ou prácticas comunitarias en man común. Agora ben, co paso do tempo e como consecuencia do progresivo abandono en Galicia do rural, a propiedade de tipo xermánico foi quedando relegada a un pequeno elenco de institucións –das que quedan aínda algunhas reguladas na vixente Lei 2/2006, de dereito civil de Galicia, do 14 de xuño–, tales como os montes veciñais en man común, a comunidade en materia de augas (de *torna a torna* ou *pilla pillota*), os *muiños de herdeiros* –cuxa inclusión na lei foi moi criticada polas dúbidas xeradas canto á súa efectiva subsistencia no momento actual no territorio galego–, o *agra*, ou, mesmo, as propias *eiras* –aínda que estas últimas non se recolleron na lei–, que reflicten distintos modos de explotación agrícola levados a cabo polos veciños dun lugar ou polos membros da unidade familiar.

Dos problemas interpretativos formulados ante os tribunais en relación coa natureza xurídica das *eiras*, establecéronse, como xa se sinalou, dúas "teses contrapostas": dunha banda, a sentada pola sentenza da Audiencia Provincial de Lugo, núm. 292/1998, do 22 de abril, favorable á súa consideración como comunidade de tipo romano, e, da outra, a seguida pola Audiencia Provincial de Ourense a través da sentenza núm. 60/2002, do 25 de febreiro, defensora da súa natureza xermánica.

A meu entender, a expresión "teses contrapostas" empregada por algúns tribunais³² resulta, neste caso, desafortunada, tendo en conta que para podermos falar de "contrapostas" é necesario que as posturas en discordia recaian sobre supostos que presenten unhas mesmas características, o que, como se verá, non sucede cos asuntos presentados ante os tribunais anteriormente mencionados.

No caso formulado ante a Audiencia Provincial de Lugo, o xuíz de primeira instancia declarou que "a demandante non está obrigada a permanecer na comunidade de bens que expresa o feito primeiro da demanda polo que queda disolta a devandita comunidade, debendo procederse en execución de sentenza e polos trámites do xuízo testamentario á súa liquidación e conseguinte división do terreo "Aira" ou "Era" descrita (...)".

32 *Vid.*, entre outras, a sentenza da Audiencia Provincial de Ourense (Sección 2ª), núm. 60/2002, do 25 de febreiro; sentenza da Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1ª), núm. 34/2008, do 12 de febreiro; e sentenza da Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1ª), núm. 260/2009, do 8 de xuño.

En segunda instancia os demandados –agora recorrentes– opuxéronse á división do terreo "Era de Majar", solicitada pola parte actora, aducindo que "o destino de tal predio, que se deriva do seu propio nome, fai imposible a división deste, pois en tal caso deviría en imposible o uso dese espazo para realizar a acción de «malla» dos cereais". A este respecto a mencionada Audiencia Provincial de Lugo indicou que "a proba presentada neste preito resulta sumamente esclarecedora en canto a que as testemuñas que depuxeron veciños da mesma parroquia, sinalaron que o demandado –como os demais agricultores– non malla a aire senón que o fai nas terras onde está sementada a colleita".

Tocante ás probas practicadas, a devandita Audiencia indicou que "é coñecido que na actualidade, e desde hai xa varios anos, desapareceu o costume de efectuar a malla dos cereais nos terreos que, en común ou con carácter privativo, existía nos diferentes lugares nas nosas parroquias rurais; tal transformación produciuse, obviamente, coa introdución, xeneralizada, de maquinaria que realiza esas tarefas e así, hoxe, tal actividade mudou o seu sentido e, con iso, tamén deixaron de ter aplicación apropiada as airas que, de antigo, tiñan ese destino específico, realizar a malla".

Finalmente, a citada Audiencia concluíu declarando que "como no presente preito esa mutación xeral vén acreditada para o uso concreto, tanto pola testifical como pola descrición que o perito xudicial realizou do predio litixioso, é polo que temos que alcanzar a conclusión de que o primitivo destino do terreo, que faría inapropiábel a súa división, hoxe non subsiste e, en consecuencia, nada se opón a que un dos propietarios faga uso do dereito que no seu favor se establece no artigo 400 do Código civil".

No presente litixio, a mencionada Audiencia Provincial de Lugo partiu da natureza romana da comunidade da que é obxecto a *eira* litixiosa, e así o puxo de manifesto a propia Audiencia ao sinalar que tomaba como punto de referencia, para a resolución da controversia, a sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Civil) núm. 834/1995 do 16 de setembro, na que, entre outros pronunciamentos, se declarou o carácter romano da comunidade constituída sobre a *eira* litixiosa (extremo da sentenza da Audiencia Provincial da Coruña, Sección 3ª, do 29 de xullo de 1991, confirmado polo mencionado tribunal).

En calquera caso, en segunda instancia, os recorrentes non contradixeron o devandito carácter romano, como se desprende da oposición formulada por estes ao sinalar que "o destino de tal predio, que se deriva do seu propio nome –«Era de Majar»–, fai imposible a división deste pois en tal caso deviría imposible o uso dese espazo para realizar a acción de «malla» dos cereais", expresión, a meu modo de ver, referida non xa ao tipo de comunidade romana ou xermánica da *eira*, senón, máis ben, á indivisibilidade funcional ou por destino da cousa común (artigo 401.1 CC³³), en cuxa virtude se exclúe, en principio, a acción de

33 O artigo 401.1 CC dispón que "non obstante do disposto no artigo anterior, os copropietarios non poderán esixir a división da cousa común, cando de facela resulte inservible para o uso a que se destina". Segundo DIEZ-PICAZO o destino dun ben pode vir determinado por lei ou norma regulamentaria, pola propia natureza do ben ou por destinación do seu propietario. Neste sentido, aínda que o propietario pode determinar o destino dunha cousa, estas, por si mesmas, teñen imposto un destino, non propiamente pola súa natureza, senón máis ben debido a un conxunto de factores culturais e económicos que o crean. Por iso, máis que dun destino natural, habería que falar dun destino imposto polos criterios sociais dominantes. Non obstante, como se dixo, a fixación corresponde ao propietario,

división naqueles supostos nos que, con independencia do tipo de comunidade –romana ou xermánica– de que se trate, de dividirse o ben común, este se convertería en inservible para o uso a que se destina. Por tanto, a cuestión litixiosa non radicaba na natureza romana ou xermánica da comunidade constituída sobre a *eira* litixiosa, senón que, tratándose dunha comunidade romana, aspecto que non parecía formular dúbidas, tendo en conta que a parte recorrente non formulou oposición ao respecto, o que se discutía era o mantemento ou non da situación de indivisión á que se encontraba sometido o terreo litixioso. Deste modo, a formulación do problema por parte da indicada Audiencia Provincial de Lugo foi, na miña opinión, correcta.

A característica fundamental da comunidade romana é a súa divisibilidade, segundo se deduce do disposto no artigo 400.1 CC ao sinalar que "ningún copropietario estará obrigado a permanecer na comunidade. Cada un deles poderá pedir en calquera tempo que se divida a cousa común". Non obstante, en relación co carácter da acción de división que regula o devandito precepto, establecéronse dúas teses contrapostas. Dunha parte, un sector da doutrina e da xurisprudencia defende que a acción de división ten un carácter absoluto, é dicir, que procede en todo caso por decisión de calquera dos copropietarios³⁴, coa única salvidade de que exista un pacto de conservar a cousa indivisa por tempo determinado (artigo 400.2 CC)³⁵. Da outra, hai quen sostén, en cambio, que o artigo 401.1 CC exclúe a acción de

quen, en principio, pode dedicar as cousas a outros fins, aínda que non fosen tan convenientes. Cfr. DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, tomo III, Ed. Thomson-Civitas, 5ª ed., Madrid 2008, p. 928.

- 34 Neste sentido a sentenza do Tribunal Supremo do 3 de febreiro de 2005 (RX 2005, 913) establece que "(...) a indivisibilidade a que se refiren as normas contidas nos artigos 401 e 406 do noso ordenamento civil substantivo, non é a material ou física, que sempre cabe en todas as cousas, senón a indivisibilidade xurídica, que é aquela que, ao realizarse fisicamente, fai inservibles ao seu uso, as fraccións resultantes –artigo 401 CC–, ou produce un desmerecemento da cousa –artigo 404–. A sentenza do 30 de novembro de 1979 (RX 1979, 3941) fai referencia a un suposto en que con base no informe do perito se rexeita a divisibilidade porque aínda resultando cuestionable que un terreo destinado a soar é sempre fisicamente escindible, e aínda admitindo que o terreo de que se trata é urbanisticamente divisible, non obstante consideracións económicas e de técnica construtiva impoñen desbotar a división «in natura» –segundo a opinión do perito «unha división da unidade en dúas parcelas chegaría a resultar mesmo ilóxica»–. E a sentenza do 9 de febreiro de 1983 (RX 1983, 956) reitera a doutrina constante desta sala sobre a aplicación da pública poxa, a falta de convenio, «se a división material é imposible ou prexudicial por levar consigo desmerecemento importante ou grave, a tal extremo que levala obstinadamente para efecto sexa claramente desaconsellable, e fonte de prexuízo para o outro ou os outros copropietarios». Neste sentido *vid.*, entre outras, a sentenza do Tribunal Supremo, do 30 de abril de 2009 (RX 2009, 2904), do 24 de novembro de 2010 (RX 2010, 577) e do 19 de xullo de 2013 (RX 2013, 4640). *Vid.* tamén, entre outros, BELTRÁN HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1954, pp. 343 e ss.; ABELLA RUBIO, J. M., *La división de la cosa común en el Código Civil*, Ed. Dykinson, Madrid 2003, p. 3; ARANA DE LA FUENTE, I., "Comunidad de bienes. Propiedad horizontal: elementos comunes y elementos privativos", en *Tratado técnico-jurídico de la edificación y del urbanismo*, t. III, dir. por HUMERO MARTÍN, A. E., Ed. Thomson Reuters, Madrid 2009, p. 682.
- 35 O artigo 400.2 CC admite tal pacto sempre que sexa "por tempo determinado que non exceda de dez anos", prorrogable "por novo convenio" entre todos os comuneiros. O devandito prazo rexe tamén naqueles casos en que no convenio de indivisión non se fixase de xeito expreso ningún pacto. Cuestión discutida é se a prórroga permitida polo artigo 400.2 CC é unha soa prórroga ou cabe máis dunha. Segundo a doutrina maioritaria, sempre que se produzan convencións unánimes de todos os comuneiros, poderán producirse prórrogas sucesivas, ningunha das cales poderá exceder do devandito prazo dos dez anos. Cfr. DIEZ-PICAZO, L., *op.cit.*, pp. 1037 e ss. En cambio, en opinión de BELTRÁN HEREDIA o que permite o artigo 400.2 CC é unha única prórroga por un prazo máximo de 10 anos. Cfr. BELTRÁN HEREDIA Y CASTAÑO, J., *op. cit.*, p. 340.

división en relación con aquelas cousas que, divididas, se converterían en inservibles para o uso ao que se destinan³⁶.

En definitiva, a discusión verbo do artigo 401.1 CC xira sobre se se debe entender que o mencionado precepto exclúe a acción de división e, por conseguinte, perpetúa a existencia de comunidades indivisibles; ou se, pola contra, a devandita norma debe ser interpretada conxuntamente cos artigos 404³⁷ e 1062³⁸ CC (este último por remisión do artigo 406 CC³⁹), de forma tal que naqueles supostos en que, malia a división material ou física do ben común non resultar procedente, porque, de facela, esta deviría inservible para o uso ao que se destina, sería posible, non obstante, a denominada "división xurídica", consentindo todos os comuneiros que o ben se adxudique a un deles, aboando este aos demais o valor das súas respectivas cotas parte, ou de non se alcanzar o devandito pacto, procédese á súa venda en

36 Neste sentido a sentenza do Tribunal Supremo do 22 de xaneiro de 2013 (RX 2013, 1825) dispón que "tal como di a sentenza do 10 de xaneiro de 2008 (RX 2008, 204) e reproducen as do 27 de marzo (RX 2009, 2392) e do 15 de decembro de 2009 (RX 2010, 287): «Segundo a interpretación que parece mellor fundada, a división, para o Código civil, non significa soamente división material, senón que comprende a división en sentido xurídico, polo que a indivisibilidade pode resultar de que a cousa, en caso de división, quede inservible para o uso ao que se destina, ou ben porque produza un anormal desmerecemento, ou ben ocasione un gasto considerable (SSTS 7 de marzo de 1985 (RX 1985, 1110), 13 de xullo de 1996, 12 de marzo de 2004, 7 de xullo de 2006 (RX 2006, 7219), etc.). (...) O artigo 401 I, enlazado co artigo 400 CC, ten que ser entendido como exclusión da acción de división. Por iso, se é posible a división que prevé o artigo 401 II CC, non pode ser aplicado, nin menos en conexión co artigo 404 CC, precepto que pola súa orixe histórica (artigo 2183 do antigo Código civil portugués) ten que ser entendido como previsión do que se ha de facer cando non pode practicarse unha división material ou *in natura*, ao que hai que engadir a previsión do artigo 1062 CC, traído a causa polo artigo 406 CC, sobre o desmerecemento; en tanto que o artigo 401 I CC exclúe, sinxelamente, a acción división, pois, como dixeron as SSTS do 19 de xuño de 2000 (RX 2000, 5290) e do 22 de xullo de 2000 (RX 2002, 7478), a falta de convenio o xuíz ten que examinar se a cousa é divisible ou indivisible, entendéndose que se dá esta hipótese non só cando non sexa divisible desde a perspectiva material, segundo criterios económicos e sociais, senón tamén cando desmereza moito pola división, en cuxo suposto se comprende tamén a inservibilidade (artigos 404, 406 e 1062 CC)». Nesta liña *vid.*, entre outras, a sentenza do Tribunal Supremo do 19 de xuño de 2000 (RX 2000, 5290), do 10 de xaneiro de 2008 (RX 2008, 204), do 27 de marzo de 2009 (RX 2009, 2392) e do 15 de decembro de 2009 (RX 2010, 287). *Vid.* tamén, entre outros, CASADO PALLARÉS, J. M., "La acción «communi dividundo» y la propiedad sobre pisos y habitaciones", en *Revista de Derecho Privado*, t. XVII, Madrid 1930, pp. 132 e ss.; PELAYO HORE, S., *op. cit.*, pp. 458 e ss.; AZPITARTE CAMY, R., "Los garajes en el título constitutivo de la propiedad horizontal", en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 103, Madrid 1979 (enero-marzo), pp. 126 e ss.; BRIOSO ESCOBAR, E. L., "Cuestiones sobre la comunidad de Derecho Romano y la facultad de pedir la división", en *Revista de Derecho Notarial*, Madrid 1980 (enero-marzo), pp. 84 e ss.; NUÑEZ IGLESIAS, A., *Comunidad e Indivisibilidad*, McGraw-Hill, Madrid 1995, p. 113.

37 O artigo 404 CC establece que "cando a cousa for esencialmente indivisible, e os condóminos non conviñeran en que se adxudique a un deles indemnizando os demais, se venderá e repartirá o seu prezo". Esta norma opera cando a división material da cousa común directamente non resulta posible; é dicir, enténdese que son "esencialmente indivisibles" todas aquelas cousas que, ao dividirse, se destrúen. En todos aqueles supostos nos que o ben resulta ser esencialmente indivisible, non cabe falar dunha división física da cousa común, pero si da disolución da comunidade, adxudicando a cousa a un dos copropietarios, indemnizando este aos demais as respectivas participacións no valor da cousa, ou vendéndoa en pública poxa e repartindo o prezo resultante. *Vid.* DIEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, p. 1038.

38 Segundo o artigo 1062 CC "cando unha cousa sexa indivisible ou desmereza moito pola súa división, poderá adxudicarse a un, a calidade de aboar aos outros o exceso en diñeiro. Pero abondará que un só dos herdeiros pida a súa venda en pública poxa, e con admisión de licitadores estraños, para que así se faga".

39 Segundo o artigo 406 CC "serán aplicables á división entre os partícipes na comunidade as regras concernentes á división da herdanza".

pública poxa e á repartición do prezo obtido entre todos os comuneiros, en atención ás súas respectivas cotas de participación (artigos 404, 406 e 1062 CC).

Na miña opinión, non se pode soste o carácter absoluto da acción de división, posto que, mentres que o artigo 401.1 CC trata de excluír do ámbito de aplicación do principio xeral de divisibilidade aquelas cousas que, divididas, non permiten cumprir a finalidade á que están destinadas, os artigos 404, 406 e 1062 CC establecen, en cambio, o modo en que ten que se levar a cabo a división do ben común cando resulte aplicable o devandito principio xeral de divisibilidade das cousas comúns, proclamado polo artigo 400.1 CC. Por tanto, é evidente, que se trata de dúas cousas distintas⁴⁰.

En consecuencia, débese entender que o Código civil concede a cada un dos comuneiros a facultade de pedir a división xudicial do ben común a través do exercicio da *actio communi dividundo*, división que se concretaría de forma efectiva, salvo que exista un pacto de conservar indivisa a cousa común por tempo determinado (artigo 400.2 CC), ou de que se trate dun suposto de indivisibilidade funcional (artigo 401.1 CC).

Volvendo ao suposto que nos ocupa, a aplicación do artigo 401.1 CC, como se indicou, esixe que da división da cousa común se derive a imposibilidade de efectuar a función específica a que esta se destina. No caso das *eiras*, a prohibición da súa división pode encontrar o seu fundamento no escaso tamaño que, de ordinario, teñen as *eiras*, e cuxa división impediría cumprir axeitadamente coa finalidade asignada aos devanditos terreos (a *malla*). Xa que logo, o primeiro que habería que determinar é se, no caso concreto, subsiste ou non a específica función atribuída á cousa común, debido a que a única circunstancia que determinaría que o ben común puidese recuperar a divisibilidade sería a desaparición da necesidade que se tivo en conta para manter a súa indivisibilidade funcional (artigo 401.1 CC)⁴¹. A este respecto, a indicada Audiencia Provincial de Lugo, coñecedora de que o costume de efectuar a *malla* dos cereais, no seu sentido tradicional, desaparecera de forma xeneralizada en todo o territorio galego, como consecuencia da difusión de modernas máquinas con que se realizan na actualidade os devanditos labores, rexeitou a pretensión da parte recorrente sobre a base de que "tal actividade mudou o seu sentido e, con iso, tamén deixaron de ter aplicación apropiada airas as que, de antigo, tiñan ese destino específico, realizar a malla".

A meu modo de ver, o razoamento da citada Audiencia foi atinado, posto que se o que xustificaba a indivisibilidade da *eira* era a súa función de servir de lugar destinado á *malla* dos cereais –cuxa persistencia alegaba a parte recorrente como motivo de oposición á división da *eira* litixiosa–, ao se demostrar que a devandita práctica caera en desuso –aspecto xeneralizable a todo o territorio galego, como sinala a propia Audiencia, e para o caso concreto segundo a proba pericial e testifical practicadas–, o mantemento da situación de indivisión carecería de fundamento.

Pola súa banda, tamén no asunto presentado ante a Audiencia Provincial de Ourense (sentenza núm. 60/2002, do 25 de febreiro) solicitábase a división da *eira* común, aínda que,

40 Cfr. Godoy Domínguez, L., *op. cit.*, pp. 172 e ss.

41 Vid. neste sentido a sentenza da Audiencia Provincial de Toledo, núm. 148/2011, do 8 de xuño.

neste caso, a mencionada Audiencia a desestimou ao entender que o carácter xermánico da comunidade constituída sobre a *eira* litixiosa impedía tal operación.

En primeira instancia o Xulgado Mixto de Xinzo de Limia ditou sentenza declarando o seguinte: "1) Que o demandante, xuntamente coa súa esposa son donos, por xustos e lexítimos títulos das 11/16 avas partes, equivalentes a 198 m², en comunidade ordinaria, co demandado, en réxime de proindivisión, do terreo denominado «Aira» (...) que ten unha superficie total de 264 metros cadrados, aproximadamente (...); 2) Que o demandado é dono, á súa vez, das 5/16 avas partes, equivalentes a 66 m², do referido terreo, en comunidade ordinaria co demandante e a súa esposa, en réxime de proindivisión; 3) Que o terreo referido é indivisible xuridicamente; 4) Que o demandante e a súa esposa non están obrigados a permanecer en comunidade co demandado, en réxime de proindivisión, tendo dereito a cesar na indivisión mediante a extinción da comunidade; 5) Que queda extinguida a proindivisión existente sobre o terreo litixioso e dada a súa indivisibilidade xurídica, se os condóminos non se puxeren de acordo en que se adjudique a un deles indemnizando aos outros ou en que sexa vendido extraxudicialmente con repartición do prezo, procederase á venda do devandito inmovible en pública poxa con admisión de licitadores estraños e repartíndose o prezo segundo, as respectivas cotas de participación entre os condóminos, o que se levará para efecto en execución de sentenza se o pedise algunha das partes (...)".

En segunda instancia, a mencionada Audiencia Provincial de Ourense comezaba sinalando, sorprendentemente, que "a cuestión xurídica que se somete a deliberación da Sala estriba en determinar se a copropiedade que as partes teñen sobre a *eira* litixiosa ten carácter de comunidade romana, na que calquera comuneiro ten dereito a pedir a división da cousa exercitando a *actio communi dividundo*, ou, pola contra, é unha comunidade xermánica, en man común (*gesamnten hand*), na que a cousa pertence á colectividade de comuneiros, sen división en cotas, aínda cando o seu uso lle poida vir limitado, carecendo cada un dos comuneiros do dereito a solicitar a división".

A formulación do problema por parte da citada Audiencia Provincial de Ourense non deixa de ser, como xa se indicou, sorprendente, máxime cando, en primeira instancia, o Xulgado Mixto de Xinzo de Limia declarou expresamente que a *eira* litixiosa era obxecto dunha comunidade ordinaria, especificando, ademais, que ao demandante e a súa esposa lles correspondían 11/16 partes e ao demandado as restantes 5/16 partes, sendo, como é sabido, un dos trazos diferenciadores entre ambos os tipos de comunidade, precisamente, que na xermánica non existen cotas sobre a propiedade, como a propia Audiencia Provincial de Ourense mencionada puxo de manifesto. Deste modo, probada a existencia de cotas de participación en primeira instancia, o conflito para resolver non estribaba, como pretendía a indicada Audiencia, en determinar a natureza romana ou xermánica da comunidade constituída sobre a *eira* litixiosa, senón, máis ben, en establecer se sobre o terreo litixioso, en réxime de comunidade romana, cabería exercer a acción de división que recoñece o artigo 400.1 CC aos comuneiros, ou se, pola contra, se trataba dun suposto de indivisibilidade funcional (artigo 401.1 CC), carecendo, neste suposto, os comuneiros do dereito a pedir a división xudicial do ben común.

A sentenza da Audiencia Provincial de Ourense comentada continuaba dicindo que "na paisaxe rural, e isto ten a súa importancia como logo se dirá, distínguense dous tipos de «airas»: as que están incrustadas no núcleo urbano do lugar e ao longo do ano manteñen unha utilidade común como zona de depósito de leñas, materiais de construción, apeiros, vehículos agrícolas, etc., e mesmo espaxamento público, por tolerancia, ao estar aberto á vía pública, e aquelas outras que afastadas do pobo se utilizaban soamente para a «malla»".

A *eira* sería –en palabras da citada Audiencia– "un inmovible común a dous ou máis veciños, adscrito a unha finalidade determinada, en que o seu destino principal, a trilla de cereais, quedou practicamente en desuso coa difusión de cultivadoras e trilladoras mecánicas".

A distinción efectuada pola Audiencia non foi, desde logo, a máis pertinente á vista do caso formulado, posto que tamén as *eiras* situadas na periferia podían desempeñar unha utilidade distinta á primixenia da *malla* do cereal. Precisamente este foi o criterio seguido na sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Civil e Penal, Sección 1ª) núm. 4/2005, do 9 de febreiro –ditada en casación, confirmando a sentenza da Audiencia Provincial de Ourense (Sección 2ª) con data de 24 de marzo de 2004–, que estableceu, a meu modo de ver, acertadamente, que "debemos distinguir, non tanto, como fai a sentenza da Audiencia Provincial de Ourense do 25 de febreiro de 2002 entre aquelas *eiras* que agora se encontran nun lugar poboado, nun núcleo de poboación, e aquelas outras situadas en zonas netamente rústicas, ao igual que entre aquelas nas que se consolidou un uso común novo e distinto e aquelas outras nas que isto non sucedeu. As primeiras, entre as que de ordinario se encontran as situadas en núcleos de poboación como a que nos ocupa, teñen tornado á súa función primixenia pola de constituír zonas de uso común, sen mutación por esta razón da súa titularidade privada, non só para transitar cara ás casas próximas (...), senón tamén como espazo de desafogo para aparcar maquinaria ou depositar apeiros, leña e demais produtos do campo sen impedir o uso dos demais e mesmo como espazo destinado a campos de feira ou outros similares. Con relación ás segundas deberemos convir polo menos en que puideron conservar a súa finalidade de lugar de tránsito común (...)".

Na comentada sentenza núm. 60/2002, do 25 de febreiro, a Audiencia Provincial de Ourense determinou a natureza xermánica da *eira* litixiosa baseándose en que "a xurisprudencia menor viñera entendendo que as «airas» constituían un residuo de comunidade xermánica da que quedan aínda algunhas reguladas no dereito civil de Galicia, como as serventías ou os montes en man común, de tal maneira que ninguén podía pedir a súa división, por ser «un indiviso indivisible», en expresiva dicción do relator Sr. Artime na sentenza do 22 de marzo de 1966, da Audiencia Territorial da Coruña, analizando a natureza da comunidade xermánica en Galicia. Se ben o uso si podía estar distribuído en cotas (réxime interno do «pé de meda»⁴²) diferentes, mesmo transmisibles por actos *inter vivos* ou *mortis*

42 O réxime interno do *pé de meda* fai referencia á organización ou distribución da superficie da *eira* entre todos os usuarios para a colocación dos medos (conxunto de fas de cereal ou palla, ou de herba, dispostos en forma cilíndrica ou, no seu caso, de cono). Os medos facíanse comunmente na herdade inmediata á casa, ou na *eira*, para que se secase e conservase o gran mentres non chegase o período da *malla*. Ao pouco tempo da sega, cando o gran e a

causa". A partir deste razoamento, a mencionada Audiencia concluíu afirmando que "de aí que no presente caso estean conformes ambas as partes que sobre a *eira* litixiosa aos actores lles corresponden 11/16 partes e ao demandado as 5/16 restantes".

A conclusión á que chegou a devandita Audiencia non deixa de ser rechamante, tendo en conta que a existencia de cotas sobre a propiedade exclúe a natureza xermánica da comunidade. Esta defensa acérrima da natureza xermánica das *eiras*, así como a falta de argumentos para negar a evidente natureza romana da comunidade constituída sobre a *eira* litixiosa, conduciu ao citado tribunal a tentar presentar as cotas de propiedade como cotas de uso para poder fundamentar o carácter xermánico da mencionada comunidade sobre a base de que, segundo a citada sentenza da Audiencia Territorial, tamén na comunidade xermánica podían existir cotas, aínda que, neste caso, non referidas á propiedade, como sucede na romana, senón ao uso.

O problema da identificación sistemática das *eiras* coa comunidade xermánica, levou tamén á Audiencia Provincial de Ourense (Sección 1ª), na súa sentenza núm. 260/2009, do 8 de xuño, a un pronunciamento contradictorio respecto á natureza xurídica dunha *eira*. Así, tras quedar acreditado polo Xulgado de Primeira Instancia que a parte demandante era propietaria dunha quinta parte indivisa da *eira* litixiosa e a demandada dos catro quintos restantes, a mencionada Audiencia rematou declarando que "conforme o réxime exposto atopámonos neste caso cunha *aira* de majar, extremo admitido polas partes litigantes, na que a pesar de ter natureza xermánica, existen cotas de participación nestas, se ben é cuestionable a existencia dun dereito para solicitar a súa división (...)".

Tamén resulta especialmente significativa a sentenza da Audiencia Provincial da Coruña (Sección 3ª) núm. 73/2006, do 3 de marzo, na que se estableceu que as *eiras* eran "zonas comúns onde se adoitaba «mallar» por quendas, en actuación colectiva. Os veciños actuaban primeiro sobre a colleita dun, e despois dos demais, sucesivamente, pero colaborando todos na de todos, para poder facelo con rapidez. E esta actuación faise sobre un terreo que acaba sendo considerado común. Parcela que normalmente é o produto dunha ou varias cesións que fan distintos propietarios: cada un cede un anaco, ata perder o concepto de patrimonio particular para pasar a ser propiedade de todos. Considérase propiedade común ou pública (no sentido vulgar da palabra). Formas de comunidade que en Galicia sempre adoptan a forma xermánica, e non a romana".

Esta tendencia á xeneralización das institucións, é dicir, a entender que unha mesma institución funciona e se aplica do mesmo modo en todo o territorio, prescindindo de todo tipo de particularidade local, das circunstancias sociais, culturais e económicas particulares das distintas rexións, así como das diferentes ideas e comportamentos das persoas ao redor das institucións, é desgraciadamente moi frecuente na doutrina e na xurisprudencia. Esta idea foi posta de manifesto por PAZ ARES en relación, por exemplo, coa institución da *mellora de labrar e posuír*, aínda que resultaría extensible ao resto de institucións, incluídas as *eiras*. Segundo o autor, nunha orde puramente institucional, a *casa*, como unidade patrimonial

palla estivesen secos, carrexábanse á *eira*, e ali facíanse coas gavelas os *medos*, non desfácendose xa estos ata o día da *malla*. Cfr. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, E., *op. cit.*, p. 604. Vid. tamén LORENZO FERNÁNDEZ, X., *op. cit.*, pp. 214 e ss.

e familiar, se ampara na subrogación na xefatura familiar por un dos fillos, morto o pai, e tamén na asunción por aquel do patrimonio deste. No terreo práctico, en cambio, é un feito evidente que o sistema de herdeiro único só se dá nos territorios onde ten vixencia o réxime de *casa*. Deste modo, xeneralizouse a denominación de *mellora*, aplicándoa a toda a rexión, cando realmente ten un ámbito territorial de aplicación bastante limitado⁴³.

Así pois, aínda que é certo que as *eiras* constituían na economía campesiña un importante instrumento comunitario de servizo necesario para a explotación das terras, como lugar utilizado –segundo a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Civil e Penal, Sección 1ª) núm. 4/2005, do 9 de febreiro– “polos veciños coa finalidade consuetudinaria de trillar e limpar alí as súas colleitas, e esta situación de feito (...) determina a natureza xurídica do dereito de propiedade sobre a eira de mallar que nos ocupa como comunidade xermánica, como así viña sendo na medida que se ordenaba funcionalmente ao obxectivo mencionado de onde derivan, en principio, os caracteres propios deste tipo de comunidade”, non é menos certo, segundo recoñecía a propia resolución xudicial indicada, que as *eiras* podían estar sometidas a un réxime xurídico distinto ao da comunidade xermánica, e así despréndese da sentenza da Audiencia Provincial de Lugo núm. 292/1998, do 22 de abril anteriormente analizada, na que se poñía de manifesto que nada obstaba a que as *eiras* puidesen configurarse en réxime de comunidade romana, cuxa indivisibilidade podía quedar igualmente asegurada por medio dun pacto de conservar o ben común indiviso por tempo determinado (artigo 400.2 CC), ou a través da indivisibilidade funcional ou por destino da cousa común (artigo 401.1 CC).

Deste modo, aínda que na doutrina e na xurisprudencia a tendencia sexa a de considerar á *eira* como unha institución conformada polos usos e os costumes de natureza xermánica –segundo parece desprenderse da sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de

43 Cfr. PAZ ARES, J. C., *Instituciones al servicio de la Casa en el Derecho Civil de Galicia*, Talleres Gráficos Imprenta Nuñez, Salamanca 1964, p. 117. Tamén RODRÍGUEZ MONTERO constatou esta tendencia xeneralizadora en relación á figura da *serventía* (regulada nos artigos 76 a 81 da vixente Lei 2/2006, do 14 de xuño, de dereito civil de Galicia). Segundo este autor, “a doutrina e a xurisprudencia galegas, tradicionalmente e con carácter xeral, veñen presentando na súa estrutura esta peculiar figura como un modelo ou tipo de «comunidade acentuadamente xermánica», o cal, sen excluír que, en certa medida e sempre no plano das hipóteses, poida resultar certo, na nosa opinión, segundo indicamos noutro escrito, non debe conducir a supoñer a necesaria, apriorística e dogmática derivación xermánica da *serventía*. Neste sentido, noutros ámbitos xurídicos, non precisamente xermánicos, resulta posible encontrar figuras similares, como parece acontecer, por exemplo, no caso das denominadas *viae communes* romanas, que se presentan como antigos expedientes rudimentarios nos que tamén se produce, de xeito parecido ao que sucede no caso das actuais *serventías*, unha situación *sui generis* de copertenza ou cotitularidade respecto ao lugar sobre o que se viña exercitando a correspondente e concreta función de paso polos titulares dos terreos a través dos que discorria o camiño. Todo o sinalado induce a pensar na posibilidade de afrontar unha necesaria revisión en profundidade da estrutura de bastantes das que tradicionalmente se viñeron presentando como peculiaridades específicas no ámbito xurídico–privado galego, en relación ás cales viñéronse aceptando sen discusión ata o momento presente determinadas teorías e hipóteses formuladas por historiadores antigos, antropólogos e folcloristas, que chegaron a alcanzar o nivel de dogmas e que, nalgúns supostos, poderían resultar máis que razoablemente cuestionables”. RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., “Del Derecho privado en Galicia, al Derecho privado de Galicia: impresiones en torno a un proceso histórico (A propósito da obra de RODRÍGUEZ ENNES, L., «Aproximación a la Historia jurídica de Galicia», Santiago de Compostela, 1999)”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 4, 2000, A Coruña, p. 677.

Galicia (Sala do Civil e Penal) núm. 4/1998, do 8 de abril⁴⁴–, nada impide, como se indicou no parágrafo anterior, considerar que a propiedade sobre estas poida pertencer con carácter privativo e en réxime de proindivisión por cotas a varias persoas, como sucede no caso que nos ocupa, e así o declaraba, en primeira instancia, a resolución do Xulgado Mixto de Xinzo de Limia, sen deixar lugar a dúbidas a que as devanditas cotas non viñan referidas ao uso, como pretendía, en segunda instancia, a Audiencia Provincial de Ourense na súa comentada sentenza núm. 60/2002, do 25 de febreiro, senón á propiedade sobre a *eira*.

A existencia de cotas sobre o uso na comunidade xermánica que regulen ou limiten a utilización da cousa común, é un aspecto que foi estudado pola doutrina galega. ARTIME PRIETO, ao enunciar os trazos que caracterizan a comunidade xermánica, sostén que "existe un considerábel sector da doutrina –co que estamos deica certo punto de acordo– para o que a cuota existe e é compatíbel con esta clase de propiedade, ben que non no senso romano –que serve para dar a entender que o seu titular forma parte da comunidade, vendo a sere a xeito de expectativa para o suposto de disolución ou ruptura do vencello persoal–, servindo como limitación da utilización para a orde do grupo, sucedendo que non pode espresarse numéricamente, e por mor diso, o que acontece, é que na comunidade xermánica non é doado afirmar que existe unha ausencia de cuotas, senon de facultades con respecto da cuota mesma"⁴⁵.

Segundo se indicou ao falar dos tipos de *eiras*, a *malla* adoitaba efectuarse por rigorosas quendas acordadas por todos os comuneiros, ou por sorteo, o que significa que cada usuario tiña dereito a utilizar a *eira* para efectuar a *malla* na orde e durante o período de tempo asignado a cada un deles⁴⁶. O certo é que o uso dunha cousa común, con

44 Esta sentenza establece que "son numerosas en Galicia as formas de propiedade en común que a doutrina recolle baixo a denominación xenérica de comunitarismo agrario determinante, en boa medida, da vida sostida en núcleos que se primeiramente os constitúe o lugar se estende logo á parroquia agrupando lugares polas mesmas razóns que deron lugar á constitución destes, ademais das eclesiásticas, pero sen desvirtualos nin facer desaparecer o que a cada un lle é propio desde sempre, e así citanse os montes, as augas, as eras comunais, os muiños, os fornos e tamén a veciña (...), tendo todas esas varias formas como elemento esencial o obxecto como unidade inescindible e a pluralidade igualitaria de titulares sobre o todo daquela unidade, sen asignación de cotas". En sentido similar tamén se pronuncia MARTÍNEZ-RISCO Y MACÍAS, S., *op. cit.*, p. 289.

45 ARTIME PRIETO, M., *op. cit.*, p. 139. Segundo CORES TRASMONTE "inicialmente sostiñan os defensores de teoría da inexistencia de cotas na propiedade xermánica que non era posible precisalas concretamente e que o dereito de cada copropietario se reducía ó uso segundo as regras que conformaban o seu funcionamento, xeralmente de tipo consuetudinario. Non faltaron, sen embargo, os teóricos que sostiveron que as cotas existían tanto nun tipo coma noutro, se ben cumprían funcións moi distintas en cada caso concreto. As comunidades son formas de expresión da propiedade integradas por una pluralidade de titulares dominicais que participan e usan os bens comunitarios sen especificar cotas, sen división da propiedade colectiva e sen facer posible a división entre as partes, utilizándoa de acordo cos usos, costumes ou normas establecidas entre os membros que a compoñen. Nas relacións de dereito privado, as comunidades son una forma de propiedade distinta da propiedade individual e non divisible en cotas materiais ou intelectuais. Cada un dos donos é propietario da totalidade dos bens, pero funcionalmente correspóndelle un uso determinado, conforme cos usos, costumes ou regras establecidas de maneira inmanente. As funcións veñen establecidas, normalmente, pola propia natureza das cousas e polos fins que se lle asignen na comunidade". CORES TRASMONTE, B., *op. cit.*, pp. 105 e ss.

46 En opinión de BUSTO LAGO a cualificación da *eira de mallar* como comunidade xermánica non impide a división por pezas temporais do dereito de uso desta, sendo transmisibles por actos *inter vivos* ou *mortis causa*, solución que o autor asemella ao que acontece cos *muiños de herdeiros*. Cfr. BUSTO LAGO, J. M., *op. cit.*, p. 295. Non obstante, en relación cos *muiños de herdeiros* sinalouse que a facultade que se dá ao comuneiro para poder permutar, allear ou arrendar a súa cota, aproveitando os froitos e utilidades que produza, significa unha clara romanización da

independencia da natureza romana ou xermánica da comunidade, leva consigo a necesidade de limitar a utilización de cada un dos usuarios sobre o ben común, dado que, pola contra, esta deviría impracticable⁴⁷. É dicir, é evidente que os usuarios, tanto nun tipo de comunidade como no outro, deben poñerse de acordo en repartirse a utilización do ben común, xa sexa atendendo a criterios temporais, espaciais ou a calquera outra regra. Dificilmente cabería pensar na posibilidade de que a *malla* se levase a cabo sen establecer quendas ou sen que a cada copropietario se lle asignase unha parte concreta da superficie da *eira*⁴⁸.

En definitiva, a interpretación que das cotas fixo a citada Audiencia Provincial de Ourense na sentenza núm. 60/2002, do 25 de febreiro comentada, non parece correcta, posto que do fallo, en primeira instancia, do Xulgado Mixto de Xinzo de Limia se deduce claramente que estas viñan referidas á propiedade, e non ao uso, como pretendía a devandita Audiencia⁴⁹.

A mencionada Audiencia Provincial de Ourense concluíu afirmando que "en razón á adscripción a finalidade común relevante, haberá que distinguir se debido a que a evolución da explotación agraria fixo desaparecer o uso principal da eira carece de sentido a persistencia da indivisibilidade, debendo en consecuencia prevalecer o dereito que o art. 400 CC lle recoñece a cada comuneiro –tese da sentenza da Audiencia Provincial de Lugo do 22 de abril de 1998, que entende que agora é incuestionable que estamos ante unha copropiedade ordinaria– ou se dado que tales terreos comúns seguen prestando unha finalidade comunitaria, de acceso a casas e patios de labranza, depósito de leña, de materiais de construción, apeiros e demais, debe persistir a natureza especial xermánica de propiedade en man común, tese da sentenza do 21.12.1999 desta Audiencia. En realidade, conforme se dixo arriba, hai que diferenciar as eras encravadas de núcleo urbano, e as afastadas deste. As primeiras, entre as que se

comunidade. Vid. neste sentido MOURE MARINO, P., "Lei 4/1995 do 24 de maio, de Dereito Civil de Galicia. Comentario ó título III: dereitos reais", en *Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de Maio)*, coord. por BARREIRO PRADO, J. J. R., SÁNCHEZ TATO, E. A. e VARELA CASTRO, L., Asociación Revista Xurídica Galega, Vigo 1996, p. 151. En cambio, outros autores atribúen aos *muíños de herdeiros*, polo devandito motivo, directamente o carácter de comunidade romana. Vid. RAPOSO ARCEO, J. J., *op. cit.*, p. 197; DÍAZ FUENTES, A., *Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de Maio)*, Edicións do Castro, Sada 1997, p. 99.

- 47 Sinala DÍEZ-PICAZO, en relación coa comunidade romana, que o Código civil respecta os pactos ou acordos realizados polos comuneiros respecto ao uso e disfrute do ben común. Existe, por conseguinte, a posibilidade de que nestes se establezan sistemas especiais de uso e goce. Neste sentido, cabería pensar, por exemplo, nun sistema de quendas no uso da cousa, establecendo períodos temporais en cada un dos cales cada un dos comuneiros utiliza a cousa de xeito directo, individualmente, ou nun sistema de disfrute por zonas. Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., *op. cit.*, p. 1029.
- 48 Así pois, tampouco resultaría posible que todos os copropietarios dun *muíño de herdeiros* moesen nel todos á vez, sen unha planificación no seu aproveitamento. Vid., entre outros, LORENZO FILGUEIRA, V., *op. cit.*, p. 67; 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 serventía)*, Revista Xurídica Galega, Santiago de Compostela 1999, pp. 108 e ss.; BUSTO LAGO, J. M., *op. cit.*, p. 363.
- 49 A sentenza do Xulgado Mixto de Xinzo de Limia indicaba claramente que "o demandante, xuntamente coa súa esposa son donos, por xustos e lexítimos títulos das 11/16 avas partes, equivalentes a 198 m², en comunidade ordinaria, co demandado, en réxime de proindivisión, do terreo denominado «aira» (...) e, por outro, "que o demandado é dono, á súa vez, das 5/16 avas partes, equivalentes a 66 m², do referido terreo, en comunidade ordinaria co demandante e a súa esposa, en réxime de proindivisión", do que claramente se deduce que se está a facer referencia, segundo se indicou, a cotas de propiedade, e non de uso, como equivocadamente pretendía a Audiencia.

encontra a litixiosa, cumpren cun destino primordial común entre os seus titulares, e mesmo ás veces xeral, aínda que privativo, por carecerse nos pobos e parroquias de plan urbanístico, esencial para o desenvolvemento agrario e social dos comuneiros. Na «aira» debatida teñen os litigantes depositada leña e area, amplas entradas respectivas cara ás súas edificacións, é utilizada como paso a terreos, o que revela que persiste na súa finalidade común (...), debendo manterse a indivisión da era da litis ata tanto en canto por unanimidade os seus titulares non dispuxesen o contrario".

No suposto de que se tratase dunha *eira* en réxime de comunidade xermánica, a solución adoptada pola citada Audiencia Provincial de Ourense probablemente fose a acertada, dado que –segundo sostén o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia na precitada sentenza do 9 de febreiro de 2005– sendo a adscripción consuetudinaria a unha finalidade común relevante a determinante esencial deste tipo de comunidade, o feito de ter desaparecido o uso ao que tradicionalmente se viñan destinando esta clase de terreos –a *malla*–, non impide que estes adquirisen, pola reiteración espontánea, novos usos comúns tamén relevantes socialmente e dignos, polo tanto, de protección xurídica en canto expresivos de costumes que evolucionan coas necesidades do século.

IV. CONCLUSIÓNS

Con este estudo pretendeuse poñer de manifesto as consecuencias que se derivan da equiparación sistemática do concepto de indivisibilidade da cousa común e comunidade xermánica. Esta concepción, moi arraigada na doutrina e a xurisprudencia, a meu modo de ver, non é correcta, posto que a indivisibilidade do ben común pode quedar asegurada tamén coa comunidade romana, dado que a facultade de pedir a división da cousa común non procede –como se sinalou ao analizar a sentenza da Audiencia Provincial de Lugo núm. 292/1998, do 22 de abril– cando se trate dun suposto de indivisibilidade funcional ou por destino da cousa común (artigo 401.1 CC), ou cando exista un pacto de conservar a cousa indivisa por tempo determinado (artigo 400.2 CC).

Con todo, hai que recoñecer que a indivisibilidade constitúe un trazo propio da comunidade xermánica, e non da romana, aínda que tampouco se debe esquecer que a comunidade xermánica tamén se pode extinguir por acordo unánime dos copropietarios. En calquera caso, non cabe identificar sempre e sistematicamente a indivisibilidade da cousa común coa comunidade xermánica, nin tampouco a divisibilidade do ben común coa comunidade romana. Todo iso implica que o importante non é se se trata dunha comunidade romana ou xermánica, senón máis ben se persiste ou non a finalidade común orixinaria, ou outra similar, da cousa común, debido a que nada impide a existencia de *eiras* baixo outro réxime xurídico (romano) distinto ao da propiedade xermánica⁵⁰.

Deste modo, o primeiro paso sería descubrir cal é a función do ben que xustificou a súa constitución como comunidade, que, no caso das *eiras*, sería a de tratarse dun terreo destinado

50 Vid. BUSTO LAGO, J. M., *op. cit.*, p. 295. Tamén, neste sentido, a sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia núm. 4/2005, do 9 de febreiro de 2005.

a servir como lugar onde efectuar a *malla* dos cereais. Unha vez definida a devandita función primixenia, correspondería examinar se, no caso concreto, subsiste esa función anteriormente indicada, ou se, pola contra, o uso do ben común mudou, ou, mesmo, desapareceu.

De continuar o uso inicialmente establecido (que desde o punto de vista práctico, dun tempo a esta parte, parece, como xa se indicou, bastante inviable), para fixar o carácter romano ou xermánico da comunidade constituída sobre a *eira*, haberá que estar a se, no caso concreto, existen ou non cotas ideais sobre a propiedade. De haber cotas, a comunidade debe reputarse de natureza romana e, no caso contrario, xermánica. En ambos os supostos, a indivisión da *eira* estaría, en principio, garantida. Por unha parte, na comunidade xermánica a indivisión é un trazo típico desta, estado que se mantén en tanto que por unanimidade dos copropietarios non se decida disolver a comunidade. Por outra, na romana, a devandita indivisión estaría protexida pola indivisibilidade funcional, e, en todo caso, por pacto de conservar a cousa común indivisa por tempo determinado.

De non subsistir o uso orixinario, a operación sería idéntica á anterior, aínda que as consecuencias que se derivan en ambos os tipos de comunidade son distintas. Se non hai cotas ideais sobre a propiedade, a pesar da desaparición do uso primitivo, a condición xermánica da comunidade impediría a división da cousa común, salvo acordo unánime de todos os comuneiros⁵¹. De existiren cotas, se se trata dun suposto de indivisibilidade funcional, o ter desaparecido o uso ao que se viña destinando a *eira*, extingue a obriga de permanecer en estado de indivisión. Se existía un pacto de conservar a cousa común indivisa por tempo determinado, en canto non transcorra o prazo fixado, a cousa permanece en situación de indivisión. Unha vez transcorrido o devandito prazo, o mantemento do estado de indivisión da *eira* só poderá garantirse por medio dun novo convenio entre todos os comuneiros, debido a que, unha vez cumprido o prazo fixado, o ben común recupera a súa divisibilidade, polo que, a partir daquela, calquera comuneiro poderá esixir xudicialmente a división da cousa común.

Se o uso mudou, de ser a comunidade de natureza romana, a desaparición do uso que se tivo en conta para a súa constitución determinaría que a cousa común recupera a divisibilidade, polo que calquera comuneiro poderá esixir, dende entón, a división xudicial da cousa común de conformidade co disposto no artigo 400.1 CC⁵². Neste sentido, se a razón de ser da indivisibilidade da *eira* é a de ser un terreo onde se efectúa a *malla*, e que, debido ás súas reducidas dimensións, de dividirse o devandito espazo, este deviría imposible para o cumprimento do fin ao que se encontra adscrito, a substitución da función orixinaria da *malla* por outra distinta fai desaparecer –segundo establece a sentenza da Audiencia Provincial de Lugo núm. 292/1998, do 22 de abril analizada– o motivo en que se apoia o estado de indivisibilidade da *eira*. Respecto ao pacto de indivisión por tempo determinado, a situación é a mesma que a sinalada no parágrafo anterior.

Se a comunidade é xermánica, os titulares, por unanimidade, gozan da facultade de disolver a comunidade, en tanto en canto en cada caso o uso primitivo non fose substituído

51 Vid. sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Civil e Penal, Sección 1ª) núm. 4/2005, do 9 de febreiro.

52 Vid. neste sentido a sentenza da Audiencia Provincial de Toledo, núm. 148/2011, do 8 de xuño.

por outro merecedor de amparo, pois pola contra estaríase a admitir a existencia de terras inútiles⁵³.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLA RUBIO, J. M., *La división de la cosa común en el Código Civil*, Ed. Dykinson, Madrid 2003.
- ARANA DE LA FUENTE, I., "Comunidad de bienes. Propiedad horizontal: elementos comunes y elementos privativos", en *Tratado técnico-jurídico de la edificación y del urbanismo*, t. III, dir. por HUMERO MARTÍN, A. E., Ed. Thomson Reuters, Madrid 2009.
- ARTIME PRIETO, M., "A veciña. A parroquia e a propiedade xermánica en Galicia", en *Estudos do Dereito Civil de Galicia*, SEPT, Santiago de Compostela 1973.
- AZPITARTE CAMY, R., "Los garajes en el título constitutivo de la propiedad horizontal", en *Revista de Derecho Notarial*, núm. 103, Madrid 1979 (enero-marzo).
- BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid 1954.
- BOUHIER, A., *Galicia ensaio xeográfico de análise e interpretación dun vello complexo agrario*, tomo I, Consellería de Agricultura, Gandería e Montes, Santiago de Compostela 2001.
- BRIOSO ESCOBAR, E. L., "Cuestiones sobre la comunidad de Derecho Romano y la facultad de pedir la división", en *Revista de Derecho Notarial*, Madrid 1980 (enero-marzo).
- BUSTO LAGO, J. M., "Comentario al artículo 52 de la Ley de Derecho Civil de Galicia", en *Comentarios a la Ley de Derecho Civil de Galicia. Ley 2/2006, de 14 de junio*, dir. por REBOLLEDO VARELA, A. L., Ed. Thomson Aranzadi, Navarra 2008.
- CARDESÍN, J. M., *Tierra, trabajo y reproducción social en una aldea gallega (s. XVIII-XX): muerte de unos, vida de otros*, Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, Madrid 1992.
- CASADO PALLARÉS, J. M., "La acción «communi dividundo» y la propiedad sobre pisos y habitaciones", en *Revista de Derecho Privado*, t. XVII, Madrid 1930.
- CASTIÑEIRAS, M. A., *Os traballos e os días na Galicia Medieval*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela 1995.
- CERRATO ÁLVAREZ, A., *Vellos traballos comunitarios do mundo labrego*, Asociación Galega para a Cultura e a Ecoloxía, Vigo 2007.
- 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)*, coord. por BARREIRO PRADO, J. J. R., SÁNCHEZ TATO, E. A. y VARELA CASTRO, L., Asociación Revista Xurídica Galega, Vigo 1996.
- DÍAZ FUENTES, A., *Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de Maio)*, Edicións do Castro, Sada 1997.
- DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, tomo III, Ed. Thomson-Civitas, 5ª ed., Madrid 2008.
- ECHEVERRÍA SUMMERS, F., "Comentario al artículo 400 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil*, coord. por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., Ed. Thomson Reuters-Aranzadi, 3ª ed., Navarra 2009.

53 Vid. sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do Civil e Penal, Sección 1ª) núm. 4/2005, do 9 de febreiro.

- FARIÑA JAMARDO, J., *La parroquia rural en Galicia*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1981.
- FERNÁNDEZ DE ROTA, J. A., *Antropología de un viejo paisaje gallego*, Centro de Investigaciones Sociológicas: Siglo XXI de España, Madrid 1984.
- FIDALGO SANTAMARIÑA, J. A., *Antropología de una parroquia rural*, Ed. Caixa Rural Provincial de Ourense, Ourense 1988.
- GARCÍA RAMOS, A., *Arqueología jurídico-consuetudinaria-económica de la región gallega*, Consello da Cultura Galega, Santiago de Compostela 1989.
- GODOY DOMÍNGUEZ, L., "La comunidad funcional", en *Anuario de Derecho Civil*, núm. LV, tomo I, Madrid 2002 (enero).
- LISÓN TOLOSANA, C., *Antropología cultural de Galicia*, Ed. Akal, 3ª ed., Madrid 1990.
- LÓPEZ COLMENAREJO, F., "Comunidad de bienes. Tipos de Comunidad", en *Instituciones de Derecho privado*, coord. por DELGADO DE MIGUEL, J. F., tomo II, vol. I, Ed. Civitas, Madrid 2001.
- LORENZO FERNÁNDEZ, X., "Etnografía: cultura material", en *Historia de Galiza*, dir. por OTERO PEDRAYO, R., vol. II, Ed. Akal, Madrid 1979-1980.
- LORENZO FILGUEIRA, V., *Realidad e hipótesis de futuro del Derecho Foral de Galicia*, Ayuntamiento de Pontevedra, Pontevedra 1986.
- MARTÍNEZ-RISCO Y MACÍAS, S., "Institucións que acobexan formas de vida comunitaria", en *Libro del I Congreso de Derecho Gallego*, dir. por CARBALLAL PERNAS R. y RICO GARCIA, M., cuya celebración tuvo lugar en A Coruña en los días 23 al 28 de octubre de 1972 promovido por el Ilustre Colegio de Abogados de Galicia y la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, editado por la Comisión Ejecutiva de dicho Congreso, A Coruña 1974.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M., "Comentario a los Artículos 392 a 429 del Código civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dir. por ALBALADEJO, M., y DÍAZ ALABART, S., tomo V, vol. II, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1985.
- MOURE MARIÑO, P., "Lei 4/1995 do 24 de maio, de Dereito Civil de Galicia. Comentario ó título III: dereitos reais", en *Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995 do 24 de Maio)*, coord. por BARREIRO PRADO, J. J. R., SÁNCHEZ TATO, E. A. y VARELA CASTRO, L., Asociación Revista Xurídica Galega, Vigo 1996.
- NÚÑEZ IGLESIAS, A., *Comunidad e Indivisibilidad*, McGraw-Hill, Madrid 1995.
- PAZ ARES, J. C., *Instituciones al servicio de la Casa en el Derecho Civil de Galicia*, Talleres Gráficos Imprenta Nuñez, Salamanca 1964.
- PELAYO HORE, S., "La indivisión perpetua en el Código Civil", en *Revista de Derecho Privado*, t. XXVI, Madrid 1942 (enero-diciembre).
- PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., *División de la Comunidad de Bienes y Exclusión de la Acción de División*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra 2014.
- RAPOSO ARCEO, J. J., "Las comunidades en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de Derecho Civil de Galicia", en *Derecho Civil Gallego*, coord. por REBOLLEDO VARELA, A. L., RODRÍGUEZ MONTERO, R. P. y LORENZO MERINO, F., Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1996.
- 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 serventía)*, Revista Xurídica Galega, Santiago de Compostela 1999.

- RISCO, V., "Una parroquia gallega en los años 1920-1925", en *Revista de Dialectología y Tradiciones Populares*, tomo XV, Madrid 1959.
- RIVAS QUINTAS, E., *Pan, sega e malla. Medidas*, Ed. Grafo Dos, Ourense 1999.
- RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, E., *Diccionario enciclopédico gallego-castellano*, tomo II, Ed. Galaxia, Vigo 1958-1961.
- RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., "Del Derecho privado en Galicia, al Derecho privado de Galicia: impresiones en torno a un proceso histórico (A propósito de la obra de LUIS RODRÍGUEZ ENNES, L., «Aproximación a la Historia jurídica de Galicia», Santiago de Compostela, 1999)", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 4, A Coruña 2000.
- SAAVEDRA, P., *A vida cotiá en Galicia de 1550-1850*, Servicio de Publicaciones de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela 1992.
- SEOANE IGLESIAS, J., "«Usos e costumes propios» do Dereito Civil de Galicia e a sua aplicación xudicial", en *Galicia. Dereito*, coord. por GARCÍA CARIDAD, J. A., tomo I, Hércules de Ediciones, A Coruña 2006.
- TENORIO, N., *La aldea gallega*, Edicións Xerais de Galicia, Vigo 1982.

LA ANTROPOLOGÍA DESDE EL DERECHO: DERECHO CONSUECUDINARIO GALLEGO Y ETNOGRAFÍA *

Ramón P. Rodríguez Montero
Profesor Titular de Derecho Romano
Universidade da Coruña

José Luis Ramos Blanco
Investigador predoctoral del Área de Derecho Romano
Universidade da Coruña

Recepción: 8 de junio de 2015

Aprobado por el Consejo de redacción: 26 de junio de 2015

RESUMEN: Estudio mediante el que se pretenden poner de manifiesto las necesarias interrelaciones que se producen entre la ciencia etnográfica y la jurídica, especialmente a los efectos de la posible determinación, conocimiento y estudio, tanto histórico como actual, de las diversas peculiaridades jurídicas de carácter consuetudinario existentes en el específico caso del ordenamiento jurídico civil gallego.

PALABRAS CLAVE: Costumbre jurídica; Ordenamiento jurídico civil gallego; Peculiaridades jurídicas consuetudinarias; Etnografía; Ciencia jurídica.

ABSTRACT: With this essay we try to unveil some necessary interrelations between ethnographic enquiries and legal studies. They are especially relevant to disclose the customary features of the present Galician civil law. This is done taking into account the meaning of ethnographic results and historical analysis for legal scholars.

KEYWORDS: Customary Law; Galician Civil Law; Legal ethnography; Legal Science.

* El presente artículo ha sido aceptado para su publicación original en la *Revista de Antropología Social* (RAS) de la Universidad Complutense de Madrid, (edición de noviembre-diciembre de 2015), incluyéndose como colaboración en el dossier sobre la problemática de igualdad entre Derecho y Antropología (igualdad epistemológica o complementariedad metodológica), que, titulado "Antropología jurídica. Derecho y Antropología en pie de igualdad", ha sido coordinado por el Catedrático de Antropología de la Universitat de Barcelona, Ignasi Terradas Saborit.

SUMARIO: I. DUDAS Y OSCURIDADES EN LA DENOMINADA "EXPERIENCIA JURÍDICA GALLEGA". EL POSIBLE CONTENIDO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO GALLEGO. II. LA INTERVENCIÓN DOCTRINAL EN LA DETERMINACIÓN, CONFIGURACIÓN Y DESARROLLO DE LAS PECULIARIDADES JURÍDICO-CIVILES GALLEGAS. PROBLEMÁTICA BÁSICA Y ALGUNAS PARADOJAS. III. EL IMPORTANTE PAPEL OTORGADO A LA COSTUMBRE EN LA LDCG DE 1995. LOS USOS Y COSTUMBRES NOTORIOS. LA POSIBLE DETERMINACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA COSTUMBRE. IV. LA POSICIÓN DE LA COSTUMBRE EN LA VIGENTE LDCG DE 2006 Y EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-CIVIL DE GALICIA. EL NECESARIO RECURSO POR PARTE DE LOS JURISTAS A LOS ANTROPÓLOGOS COMO CONCLUSIÓN. V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. DUDAS Y OSCURIDADES EN LA DENOMINADA "EXPERIENCIA JURÍDICA GALLEGA". EL POSIBLE CONTENIDO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO GALLEGO

Nuestra aproximación y contacto desde el ámbito del Derecho con la Antropología social, y dentro de ésta, especialmente, la jurídica, se justifica por la que consideramos como una evidente necesidad intelectual dirigida a lograr, al realizar diversas y puntuales investigaciones en el ámbito jurídico-civil gallego, el mayor rigor científico posible en sus resultados y conclusiones.

De un tiempo a esta parte nos venimos ocupando, entre otros, del estudio de la que, en terminología particular y propia, hemos denominado "experiencia jurídica gallega", cuyo posible interés e importancia para la Ciencia jurídica en general y para los juristas en particular, tanto en el aspecto didáctico como en el científico, ya tuvimos ocasión de resaltar en otros escritos anteriores¹.

La "experiencia jurídica gallega", identificable en cuanto a su contenido con el proceso histórico seguido desde la formación hasta la consolidación legislativa de las peculiaridades jurídicas propias de Galicia, las características de las mismas, y su posterior desarrollo operado doctrinal, jurisprudencial y legislativamente hasta nuestros días, ofrece, a nuestro entender, diversas cuestiones que cabe calificar como de particular interés. Entre las mismas, sucintamente y por lo que se refiere al señalado proceso de formación, cabe indicar que el mismo todavía presenta algunas dudas y oscuridades en cuanto a cuestiones tan importantes como, por ejemplo y entre otras, la determinación de las posibles motivaciones de fondo que condujeron a la consideración de Galicia como territorio de Derecho foral, o las posibles influencias en el ámbito jurídico-civil gallego del sistema de Derecho civil común, representado por el Código civil; por lo que a su contenido atañe, su determinación ha presentado notables problemas e incertidumbres, habiendo sufrido el mismo algunas deformaciones, precisamente a consecuencia de su carácter consuetudinario, motivando dificultades notables para llevar a cabo su estudio; y, por último, respecto al análisis de su desarrollo, resulta oportuno resaltar que éste presenta un atractivo especial por haberse realizado en puntuales y diversos momentos históricos, fundamentalmente, por vía doctrinal y jurisprudencial.

1 Vid. RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., *Galicia y su Derecho privado. Líneas históricas de su formación, desarrollo y contenido*, Andavira Editora S.L., Santiago de Compostela, 2012, pp. 25 y ss.

II. LA INTERVENCIÓN DOCTRINAL EN LA DETERMINACIÓN, CONFIGURACIÓN Y DESARROLLO DE LAS PECULIARIDADES JURÍDICO-CIVILES GALLEGAS. PROBLEMÁTICA BÁSICA Y ALGUNAS PARADOJAS

Centrando nuestra atención en la determinación del posible contenido del en tiempos pasados denominado Derecho civil especial gallego, cabe indicar que, tradicionalmente, se ha venido sosteniendo como característica distintiva del mismo, hasta tiempos más bien recientes, como se acaba de decir, su carácter consuetudinario. Históricamente la costumbre se ha presentado como la genuina fuente originaria del Derecho civil de Galicia, circunstancia ésta que encuentra su justificación a partir de la toma en consideración de toda una serie de factores de tipo económico, social y político, que, al hilo del proceso histórico desenvuelto en la formación de la nacionalidad española, se dieron en la Comunidad gallega y que condicionaron su propia experiencia jurídica².

El hecho de que históricamente el Derecho gallego tuviese el carácter de consuetudinario, concretándose, según se decía, en una serie de prácticas y costumbres gallegas tradicionales que se desarrollaban al margen de la legislación real castellana, apartadamente del Derecho real común en que se convirtió el Derecho castellano, planteaba inmediatamente otra nueva cuestión importante: ¿cuáles eran realmente las instituciones consuetudinarias peculiares, propias, autóctonas y privativas, representativas de Galicia, que merecían la consideración de forales y que conformaban el en su momento denominado Derecho foral gallego –más que Derecho gallego, por quedar reducido el mismo, a tenor del R.D. del Ministerio de Gracia y Justicia de 2 de febrero de 1880, a dichas instituciones consuetudinarias y tradicionales– que, según se decía, merecían ser conservadas?

La respuesta a la pregunta formulada obtuvo unos resultados distintos y, a su vez, sucesivamente más amplios en cuanto al número de posibles instituciones existentes, tras realizar una lectura atenta y ordenada de una serie de documentos, aparecidos sucesivamente en el tiempo desde que se inició la etapa codificadora –durante y después de la misma, en momentos cronológicos diferentes, hasta llegar a la Compilación de Derecho Civil Especial de Galicia de 1963–; unos documentos en los que se realizaban diferentes y diversas referencias doctrinales a las "peculiaridades jurídicas" o "instituciones" que supuestamente integrarían el denominado "Derecho civil propio y singular" de Galicia, o "Derecho especial gallego". Dicha lectura puede producir una sensación de confusión o perplejidad al estudioso o investigador del Derecho –poniendo de manifiesto las incertezas y dudas, unas cumplidamente señaladas y otras no, en algunos casos más o menos razonables, que, en nuestra opinión, todavía no han sido resueltas en su totalidad y de una forma definitiva, sino, tan sólo, parcialmente–³.

La intervención de la doctrina en el proceso de configuración y determinación de las instituciones y peculiaridades jurídicas contenidas en las normas fundamentales del Derecho civil de Galicia no se llevó a cabo de una manera unívoca, sino, más bien, con discrepancias

2 Vid. RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., "La costumbre y el Derecho consuetudinario gallego". *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 54 (abril-junio), 2005, pp. 188 y ss.

3 Vid. RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., *Galicia y su Derecho privado...*, op. cit., pp. 32 (n. 13) y 65 y ss.

y diferencias –en algunos casos sustanciales e irreconciliables– que, en diversos aspectos, se proyectaron en el tiempo.

Volvió a plantearse, por tanto y a tenor de ello, la pregunta trascendental a la que, en nuestra opinión, quizá todavía sólo se ha contestado en parte, de manera parcial, superficial y sincrónicamente: ¿cuáles fueron realmente las instituciones peculiares, propias, autóctonas y privativas, representativas de Galicia, que merecieron la consideración de forales y que, por consiguiente, integraron el denominado Derecho (consuetudinario) gallego?

Para contestar a esta pregunta consideramos que resultaba imprescindible realizar un estudio de dichas "peculiaridades jurídicas" o "instituciones" –que realmente hubiesen integrado el anteriormente denominado Derecho civil especial gallego–, llevado a cabo más de forma diacrónica que sincrónica –a consecuencia del aludido proceso de progresiva ampliación doctrinal a que hemos hecho referencia–, y dirigido tanto a la concreta determinación de dichas instituciones en los sucesivos momentos históricos, así como también a la constatación o confirmación de la efectiva vigencia en el tiempo de las mismas y de su correcta regulación.

Cabría, por consiguiente, formularse otra pregunta sucesiva a la anterior: las que habitualmente se vienen planteando como "peculiaridades jurídicas" o "instituciones" jurídicas gallegas tradicionales, cuya existencia había sido efectivamente constatada, ¿fueron reguladas correctamente, tal y como surgieron, o sufrieron algún tipo de modificación o alteración al realizar esa regulación de las mismas?

La formulación de las preguntas indicadas encontraría su explicación en la circunstancia de que, a nuestro juicio, se suele aludir a algunas "peculiaridades jurídicas" que, o nunca han existido como tales, o bien que, habiendo existido de forma efectiva, su regulación en la Ley de Derecho Civil de Galicia (LDCG) –de 1995, y posterior de 2006– resultaría extraña a la configuración original de tales figuras, con cuya realidad quizá no se correspondan.

Dos ejemplos especialmente significativos de lo señalado podrían encontrarse –siempre según nuestro propio criterio–, respectivamente, por una parte, en el reconocimiento realizado por el legislador gallego, en la LDCG, de la usucapión como posible forma de constitución de las servidumbres de paso; y por otra, en la manera como se ha regulado la serventía, que también apareció recogida en la referida Ley gallega.

Como hemos tratado demostrar en otros escritos⁴, en nuestra opinión, la introducción y regulación por el legislador gallego –en el art. 25 de la LDCG de 1995; y en los arts. 82.1 y 88.1 de la LDCG de 2006– de la usucapión extraordinaria como posible forma de adquisición de las servidumbres de paso, se realizó de una forma totalmente novedosa y desconectada de la tradicional realidad consuetudinaria gallega, tergiversándola. Respondiendo, según se decía, a una supuesta necesidad social, sentida desde antiguo en el ámbito agrario gallego, la adquisición por usucapión de las servidumbres de paso, se presentó como una de las costumbres más respetadas dentro del ámbito gallego, lo cual, como ha sido puesto de manifiesto, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, en absoluto se correspondía con la realidad⁵.

4 Vid. RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., *Servidumbres y serventías. Estudios sobre su regulación jurídica y desarrollo jurisprudencial*, Netbiblo, A Coruña, 2001, pp. 133 y ss.

5 Vid. RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., *Servidumbres y serventías...*, *op. cit.*, pp. 156 y ss.

La regulación hasta entonces aplicable en materia de adquisición de servidumbres de paso en Galicia, con anterioridad a las dos leyes autonómicas citadas, era la establecida en el sistema del ordenamiento jurídico-civil común (Código civil), solventándose la falta de reconocimiento espontáneo de los servicios de paso necesarios para la realización de tareas agrícolas en las fincas a través del recurso al art. 564 del Código civil, o, en su caso, mediante la constatación testifical de no existir memoria de una situación fáctica de paso prolongada en el tiempo, con los requisitos señalados el efecto, mediante el recurso a través de las Disposiciones Transitorias del citado Código civil a la prescripción inmemorial, reconocida en el derecho anterior (Siete Partidas).

No obstante, transcurrido un tiempo, cambió la situación descrita, planteándose por un sector de la doctrina gallega, por primera vez y desde unas coordenadas que no eran las propiamente originales, como problema lo que antes no lo había sido.

En este sentido, tanto la circunstancia de que el recurso a la prescripción inmemorial se plantease en el ordenamiento jurídico común español no como una posibilidad general sino excepcional, a la que cabría acudir no ya directamente, sino por vía indirecta, conforme a las leyes anteriores al Código civil, así como el hecho de la posibilidad de utilización limitada con carácter general de la citada institución (prescripción) en relación a un determinado grupo de antiguos servicios de paso –“servidumbres de paso” que ya hubiesen sido adquiridas conforme a las leyes anteriores al Código civil y “servidumbres de paso” que vinieran ejercitándose con anterioridad al Código civil, que cumpliesen determinados requisitos y de las que no fuese posible recordar su origen ni tampoco un estado contrario; no reconocida para las “servidumbres de paso” que hubiesen empezado a ejercitarse después de 1889 (año de entrada en vigor del Código civil)– y, en especial, la consiguiente pérdida de idoneidad progresiva de la mencionada prescripción desde un punto de vista práctico, a consecuencia de la dificultad probatoria –acrecentada según se iba avanzando cada vez más en el tiempo– derivada de la exigencia establecida con cierto rigor por los tribunales de justicia en materia de prueba testifical en relación a los antiguos servicios de paso señalados –prueba que sería utilizable cuando no se dispusiese de otros medios probatorios reconocidos como aptos por el ordenamiento, lo cual sería bastante habitual, y que se concretaba en tener que recurrir con la finalidad de poder acreditar la existencia de la “servidumbre de paso” desde tiempo inmemorial a personas “idóneas”, cuyo requisito de edad se iría ampliando cuanto más se fuese alejando la fecha de entrada en vigor del Código civil– provocaron la aludida reacción en un sector de la doctrina gallega posterior, principalmente situado en el ámbito de la abogacía, planteándose la cuestión como un problema, cada vez más dramático, que se podría sintetizar en la siguiente pregunta: ¿qué es lo que ocurrirá con tantas servidumbres como cruzan el agro gallego el día que sus poseedores no puedan demostrar su título, ni probar su ejercicio anterior a la vigencia del Código civil?.

Sólo a partir de entonces y a consecuencia de la problemática aludida fue cuando, con mayor o menor intensidad y con mayor o menor fundamento, se empezó a criticar por un sector de la doctrina gallega la normativa recogida en el Código civil y también en algún caso a presentar de forma genérica y sin ningún apoyo concreto la inmemorialidad posesoria

entendida como título de adquisición de servidumbres prediales de paso, como una de las costumbres más respetadas dentro del ámbito gallego, lo cual, según se indicó, como ha sido puesto de manifiesto tanto jurisprudencialmente como doctrinalmente, no se correspondía en absoluto con la realidad, que resultó notablemente distorsionada, introduciéndose en el ordenamiento jurídico civil gallego –más en concreto, por primera vez, en la LDCG de 1995, manteniéndose también en la vigente LDCG de 2006– la usucapión entre los modos de adquisición de las servidumbres prediales de paso.

Por otro lado, en el caso de la denominada serventía –que aparece como una institución peculiar de Galicia⁶, diferente de la servidumbre de paso, y que ha sido desarrollada por la jurisprudencia⁷ e impropriamente utilizada en su momento como alternativa a los problemas planteados a consecuencia de la declaración jurisprudencial de irretroactividad en materia de adquisición por usucapión de las servidumbres de paso⁸–, la regulación que de dicha figura ha realizado el legislador gallego –en los arts. 30 a 32 de la anterior y ya derogada LDCG de 1995, y 76 a 81 de la vigente LDCG de 2006–, a nuestro juicio no parece identificarse plenamente con la configuración y los caracteres que realmente presenta el tipo autóctono y originario que se da en la Comunidad gallega, que, a nuestro juicio, se concretaría específicamente en la denominada "servidumbre de agra".

Efectivamente, la lectura de las referencias que en la más antigua doctrina gallega se realizan en relación a los servicios de paso a través de las fincas permiten plantear la hipótesis de la existencia de unos determinados usos o práctica consuetudinaria, surgida en el seno de la comunidad a consecuencia de las necesidades derivadas del cultivo agrícola, o bien impuestas directamente por éste, que son sentidas por los miembros de esa comunidad al compartir una serie de intereses y problemas comunes, y que se presentan como posibles soluciones establecidas al margen del derecho con la finalidad de poder hacer frente a las dificultades que habitualmente venía planteando la situación minifundista, concretada en la excesiva distribución de la propiedad de la tierra en Galicia.

Precisamente tales antiguos servicios de paso –caracterizados en muchas ocasiones por su temporalidad y relación directa con la realización de tareas agrícolas–, que encontrarían su razón de ser más en la necesidad que en la utilidad, si no en su totalidad, sí, por lo menos, en su gran mayoría, significativamente, parecen referirse en una época antigua, con carácter exclusivo, a fincas situadas en unas superficies muy concretas, las denominadas "agras" o "vilares", en las que, a consecuencia de la situación de interdependencia e interclusión de las fincas en su interior, se establecerían una serie de relaciones de vecindad parcelaria. En nuestra opinión, sin embargo, nada tienen que ver con la configuración y caracterización originaria de las denominadas serventías, como se ha pretendido jurisprudencialmente y

6 Vid. RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., *Servidumbres y serventías...*, op. cit., pp. 63 y ss.; RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., *Galicia y su Derecho privado...*, op. cit., p. 34 (n. 18).

7 Vid. RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., *Servidumbres y serventías...*, op. cit., pp. 201 y ss.

8 Vid. 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 serventía)*, Ed. Revista Xurídica Galega, Pontevedra, 1999, p. 346.

se ha sancionado legislativamente, determinados supuestos fácticos en los que los predios, evidentemente contiguos, no se encuentren enclavados en dichas distribuciones territoriales o geográficas (las referidas "agras"), exigiéndose únicamente en estos supuestos, como se señala en la ya clásica sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, dictada con fecha de 24 de junio de 1997 (en la que, a nuestro juicio, se introdujo con carácter totalmente novedoso y sin fundamento histórico o apoyo antropológico alguno que permitiese justificar esa nueva figura de serventía referida al ámbito geográfico galaico, pasando a partir de entonces a formar parte del supuesto acervo jurídico-consuetudinario gallego, y que más adelante se procedería a "sacralizar" legislativamente, colocándola junto a la realmente originaria figura de serventía a que hemos hecho referencia anteriormente), el requisito de que se produzca una cesión, lógicamente voluntaria y consensuada, de una parte de terreno de cada "leira" o finca particular de los constituyentes, estableciéndose de esta forma –de mutuo acuerdo y mediante las correspondientes cesiones de parte del terreno realizadas al efecto– el camino serventío.

Además de los dos ejemplos expuestos –relativos a "peculiaridades jurídicas" gallegas inexistentes, o que, habiendo existido de forma efectiva, la regulación que se efectúa en la LDCG de las mismas aparece manipulada o alterada y no se corresponde con la configuración y características definitorias que realmente les corresponderían–, cabe citar también otros dos llamativos supuestos más, en los que, a nuestro juicio, se pueden apreciar las circunstancias indicadas: por una parte, la atinente a la que se presenta como institución tradicional gallega denominada "veciña" –a cuya regulación se dedican los arts. 52 a 55 de la vigente LDCG de 2006–; y, por otra, la relativa a la prescripción legal de indivisibilidad de la "casa" y sus anexos –considerada, como es sabido, como figura nuclear del Derecho civil de Galicia–, contenida en el art. 51 de la LDCG de 2006.

Por lo que se refiere a la "veciña", al presentárenos la misma como una institución de carácter consuetudinario, procedimos a preguntarnos en otro trabajo si la regulación que de la misma se realizaba en la vigente LDCG, se correspondía e identificaba con antiguas prácticas consuetudinarias gallegas, y, en su caso, en qué medida y con cuáles, acudiendo para ello a las diferentes fuentes de información proporcionadas por juristas, etnógrafos y antropólogos, poniéndolas a disposición de los lectores para que los mismos, al efectuar las comparaciones correspondientes con esos materiales, sacasen sin mayor dificultad sus propias conclusiones al respecto, pudiendo de esta forma comprobar las notables diferencias existentes entre la institución original y la que aparece recogida en la vigente LDCG⁹. De la prescripción legal de la indivisibilidad de la "casa" y sus anexos nos ocupamos en otro artículo, analizando el que calificamos como paradójico proceso normativo operado en Galicia, tendente a establecer la llamativa indivisibilidad de la "casa patrucial" o "petrucial" gallega, que ha sido presentado como un dogma indiscutible por el legislador gallego en la LDCG al margen de cualquier justificación histórica o racional¹⁰.

9 Vid. RODRIGUEZ MONTERO, R. P., *Galicia y su Derecho privado...*, op. cit., pp. 283 y ss.

10 Vid. RODRIGUEZ MONTERO, R. P., *Galicia y su Derecho privado...*, op. cit., pp. 223 y ss.

A la vista de todo lo expuesto, en atención al proceso de elaboración, configuración y desarrollo del Derecho civil gallego, operado hasta llegar a la vigente LDCG del año 2006, se puede concluir que tanto la doctrina, como la Jurisprudencia¹¹, han desempeñado un papel fundamental en cuanto a los mismos, especialmente en situaciones de falta de claridad o de vacío normativo¹².

Respecto al papel desarrollado por la doctrina, creímos que resultaba oportuno preguntarse, y así lo hicimos en otros escritos, entre otras, las siguientes cuestiones: ¿cuáles fueron los materiales jurídicos disponibles que se utilizaron, y cómo se utilizaron para confeccionar la LDCG de 1995 y la de 2006?; ¿qué criterios se siguieron para elegir dichos materiales?; ¿los criterios utilizados para realizar la confección de las mencionadas Leyes de 1995 y 2006, fueron los correctos?; ¿en qué medida en la LDCG de 1995, y en la de 2006, se recogen preceptos del –a veces tan criticado por un sector de la doctrina gallega– Código civil, o de la legislación civil de otras Comunidades Autónomas del Estado español –limitándose en ocasiones simplemente a reproducirlos, sin que encuentren sentido alguno en el cuerpo normativo gallego–, perdiendo el supuesto sentido autóctono que a dichas normas se atribuía y que, por lo menos, presuntamente, deberían de tener?

A estas cuestiones se añadían otras incógnitas, no menos interesantes, que podían plantearse pensando en que las instituciones surgen para cubrir, en un contexto histórico muy concreto, unas necesidades también concretas y específicas que, lógicamente, pueden –y deben– cambiar con el transcurso del tiempo.

¿Cuáles fueron y cuáles son las viejas necesidades específicas que se plantearon en el pasado y cuáles son las nuevas que se plantean en el presente?; ¿qué es lo que ha cambiado y cómo ha cambiado?; ¿qué es lo que se ha mantenido y cómo se ha mantenido?. Estas eran y son algunas de las preguntas básicas que nos planteábamos y planteamos para proceder a determinar y establecer en qué se concretaba y en qué se concreta el antiguo y el actual Derecho civil de Galicia.

Precisamente para ello, hemos entendido que en un sistema jurídico–privado como el gallego, en el que a la costumbre se otorgó un papel fundamental, resultaba imprescindible recabar la colaboración, entre otros, de expertos en Antropología social, que, con sus conocimientos y a través de sus estudios de campo, pudiesen ayudar a clarificar las cuestiones planteadas, cuyo carácter interdisciplinar resultaba evidente¹³.

III. EL IMPORTANTE PAPEL OTORGADO A LA COSTUMBRE EN LA LDCG DE 1995. LOS USOS Y COSTUMBRES NOTORIOS. LA POSIBLE DETERMINACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA COSTUMBRE

Por lo que se refiere a la posición que el legislador gallego otorgó a la costumbre en el sistema de fuentes del Derecho civil de Galicia, cabe señalar que en la LDCG de 1995,

11 Vid. RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., *Galicia y su Derecho privado...*, op. cit., pp. 35 y ss. y 43 y ss.

12 Vid. RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., *Galicia y su Derecho privado...*, op. cit., p. 48 (n. 45).

13 Vid. RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., *Galicia y su Derecho privado...*, op. cit., p. 54 (n. 55).

en opinión de un importante sector doctrinal, se la hacía prevalecer frente al Derecho parlamentario o legislado, según parecía deducirse de su articulado¹⁴.

A consecuencia de las referencias que dicha Ley hacía a la costumbre –partiendo de la consideración de que al aludir a los usos o costumbres únicamente se estaría haciendo alusión a los usos y costumbres que no aparecían en el texto legal (costumbres territoriales, comarcales o locales), puesto que los recogidos en la Ley habían dejado de tener la consideración de uso o costumbre, para pasar a tener naturaleza legal–, se cuestionó, entre otros aspectos, por ejemplo, cuáles eran los usos y costumbres a los que se refería la Ley, a consecuencia de su formal desaparición, al pasar unos, según se decía, a normativa positiva legislada, y desaparecer otros en el año 1987, por convertirse la Compilación de 1963 en Derecho civil único de Galicia.

Respecto a la prueba de la costumbre, en el art. 2.1 de la LDCG de 1995 se indicaba que "los usos y costumbres notorios no requerirán prueba", especificándose a continuación el aludido concepto de notoriedad: "son notorios, 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".

La condición de notorio de un uso o costumbre presentaría, por consiguiente, una trascendental importancia en Derecho civil gallego, correspondiendo su determinación a los órganos jurisdiccionales.

Dicha notoriedad no tiene por qué ser absoluta y general, como se exige en el Derecho civil estatal, puesto que el gallego, como ha declarado el Tribunal Superior de Justicia de Galicia en su sentencia dictada con fecha de 12 de mayo de 2000, además de los usos y costumbres notorios relacionados con el texto legal, también se admite "que existan otros usos o costumbres notorios si existe constancia objetiva de su conocimiento generalizado". Todos aquellos usos y costumbres que no fuesen notorios, *sensu contrario*, deberán ser alegados ante el Tribunal y debidamente probados, aunque, no obstante lo indicado, se señalan otras dos posibilidades más en las cuales se sostiene que se produce una exención del cumplimiento del aludido requisito de su prueba, pudiendo, según se dice, ser aplicados por el juzgador de oficio: por un lado, cuando las partes intervinientes en el litigio se encontrasen conformes en su existencia y contenido, y sus normas no afectasen al orden público (en consonancia con lo prescrito en el art. 281.2 LEC 1/2000); y, por otro, cuando, sin ser alegados por las partes, el propio juzgador, teniendo conocimiento de los mismos –en cuyo caso, serían notorios para éste–, los considerase aplicables al supuesto en cuestión.

En cuanto a la determinación por parte de los órganos jurisdiccionales de los usos y costumbres que no fueron recogidos por el legislador gallego en la LDCG de 1995, al margen de las numerosas sentencias dictadas a consecuencia de cuestiones litigiosas planteadas con relación a las instituciones de marcado origen consuetudinario, que, por el contrario, sí aparecen recogidas en la Ley, así como de algunas otras resoluciones

14 Vid. RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., "Costumbre, Derecho consuetudinario y Ley en el ámbito jurídico-civil gallego", en MARCOS ARÉVALO, J., RODRÍGUEZ BECERRA, S. Y LUQUE BAENA, E. (eds.), *Nos-Otros: Miradas antropológicas sobre la diversidad*, vol. I, Departamento de publicaciones de la Asamblea de Extremadura, Mérida, 2010, p. 664 (n. 10).

jurisdiccionales en las que dichos órganos procedieron a clarificar la correcta consideración de determinadas instituciones a las que pretendidamente se intentó enmarcar en el ámbito consuetudinario gallego, los Tribunales tuvieron la oportunidad de pronunciarse realizando diversas e importantes precisiones en torno a instituciones consuetudinarias, como los "montes abertales", "abiertos", "de varas", "de voces" o "de fabeo", el "resío" y la "venela", las "plantaciones de arbolado –en concreto, de eucalipto– en heredad contigua sin guardar distancias", la "gabia" o "gavia", la "costumbre de cara boa" y el "pé de rei" o "pé do rei".

La intervención jurisprudencial, que por evidentes razones de seguridad jurídica tuvo asimismo que ser tomada especialmente en consideración, induce a realizar dos observaciones, por lo que en particular se refiere al reconocimiento práctico –entendido como confirmación– de determinadas figuras o instituciones consuetudinarias, cuya posible existencia había resultado cuestionada por algún sector de la doctrina. Dicho reconocimiento jurisprudencial de tales figuras –no muy amplio en cuanto al número de sentencias dictadas, por lo que a algunas de esas figuras o instituciones se refiere–, por una parte, ha permitido rebatir las críticas realizadas a la LDCG de 1995 por un sector de la doctrina, considerándola como una norma que contenía instituciones de tipo fundamentalmente rural, desfasadas respecto al momento actual, y supuestamente extinguidas; por otra, induce a cuestionarse si tal reconocimiento jurisprudencial particularizado de dichas figuras –que, por lo demás, confirmaría su plena vigencia– realmente se identifica en todos los casos no sólo con la figura o institución concreta de que se trata, sino también con su espíritu y la función para la que teóricamente había surgido; o, más bien, la misma, en realidad, lo único que hace es mantener su denominación nominal, pero sin que, en el fondo, se corresponda con su auténtica esencia, contenido y función.

En definitiva, nos encontramos ante una importante y eficaz labor desarrollada por la Jurisprudencia, no exenta de dificultades, como, por ejemplo, hemos pretendido demostrar en un reciente trabajo en el que se analizan de forma crítica los problemas interpretativos surgidos en relación a la naturaleza jurídica de las "airas de mallar" en el ámbito rural gallego, tomando para ello como referencia tanto los distintos argumentos sostenidos por los Tribunales en orden a su consideración como comunidades de naturaleza germánica o romana, así como, por lo que aquí interesa, los iluminadores escritos antropológicos dedicados al análisis de la configuración y el funcionamiento de las mencionadas figuras tradicionales gallegas¹⁵.

IV. LA POSICIÓN DE LA COSTUMBRE EN LA VIGENTE LDCG DE 2006 Y EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO–CIVIL DE GALICIA. EL NECESARIO RECURSO POR PARTE DE LOS JURISTAS A LOS ANTROPÓLOGOS COMO CONCLUSIÓN

Por lo que se refiere a la vigente LDCG de 2006, cabe señalar que, frente a lo que ocurría en la anterior LDCG de 1995, en la que se adjudicaba a los "usos y costumbres

15 Vid. RAMOS BLANCO, J. L., "Notas sobre a consideración xurídica das *eiras de mallar* en Galicia", pendiente y admitido para ser publicado en el *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 19, 2015; y en castellano en *los Estudios Homenaje al Prof. Dr. D. Luis Rodríguez Ennes*, Universidades de Vigo, Vigo (en prensa).

propios" una "posición real de privilegio dentro de un aparente (y difícil) equilibrio con la ley no imperativa"¹⁶, en el Título preliminar de la vigente LDCG de 2006, en materia de fuentes se sitúa a la ley como primera en el orden de prelación de aquéllas, asumiendo la costumbre y los principios generales el carácter de supletorios respecto de la misma (art. 1), agotando de esta forma, según se ha dicho, la "pretensión historicista de considerar la costumbre como primer título competencial sobre el que desarrollar la actividad legislativa". No obstante lo indicado, también se resalta que la propia costumbre sigue manteniendo actualmente el "beneficio de exención de prueba en caso de ser notoria" (art. 2.1 LDCG de 2006, cuya redacción coincide plenamente con la del antiguo artículo 2.1 de la LDCG de 1995)¹⁷.

Todo lo hasta aquí expuesto creemos que avala suficientemente el planteamiento efectuado en el presente artículo en relación a la necesidad por parte de los juristas de recurrir a la Antropología al tratar aspectos relativos tanto al pasado como al presente y al futuro de la experiencia jurídica gallega, conclusión ésta que resulta, si cabe, todavía más reforzada cuando atendemos a la previsión revisora establecida en la Disposición adicional primera de la LDCG de 2006 –que, en esencia, coincide con la segunda de las también adicionales de la anterior LDCG de 1995– relativa al examen de las instituciones del Derecho gallego a conservar, modificar o desarrollar, con la finalidad de adecuar su situación a las actuales circunstancias sociales de la Comunidad, dando cumplida solución a la problemática jurídica que se pudiese plantear.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- LORENZO MERINO, F., "Prólogo" a *Ley de Derecho civil de Galicia*, 2ª ed., Ed. Tecnos (Grupo Anaya S.A.), Madrid, 2006.
- RAMOS BLANCO, J. L., "Notas sobre a consideración xurídica das *eiras de mallar* en Galicia", pendiente y admitido para ser publicado en el *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 19, 2015; y en castellano en *los Estudios Homenaje al Prof. Dr. D. Luís Rodríguez Ennes*, Universidades de Vigo, Vigo (en prensa).
- 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 serventía)*, Ed. Revista Xurídica Galega, Pontevedra, 1999.
- RODRÍGUEZ MONTERO, R. P., *Servidumbres y serventías. Estudios sobre su regulación jurídica y desarrollo jurisprudencial*, Netbiblo, A Coruña, 2001.
- "La costumbre y el Derecho consuetudinario gallego", *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 54 (abril–junio), 2005, pp. 187–223.

16 Vid. LORENZO MERINO, F., "Prólogo" a *Ley de Derecho civil de Galicia*, 2ª ed., Ed. Tecnos (Grupo Anaya S.A.), Madrid, 2006, p. 21.

17 Vid. LORENZO MERINO, F., "Prólogo"..., *op. cit.*, p. 29.

- "Costumbre, Derecho consuetudinario y Ley en el ámbito jurídico-civil gallego", en MARCOS ARÉVALO, J., RODRÍGUEZ BECERRA, S. Y LUQUE BAENA, E. (eds.), *Nos-Otros: Miradas antropológicas sobre la diversidad*, vol. I, Departamento de publicaciones de la Asamblea de Extremadura, Mérida, 2010, pp. 657-671.
- *Galicia y su Derecho privado. Líneas históricas de su formación, desarrollo y contenido*, Andavira Editora S.L., Santiago de Compostela, 2012.