

LA GRACIOSA A TRAVÉS DE UN EXPEDIENTE JUDICIAL DEL SIGLO XVIII

M^a Teresa Bouzada Gil*

Universidade de Santiago de Compostela

SUMARIO

Introducción.- I.- El retracto de graciosa: desde el siglo XIX hasta su inclusión en la Ley 4/1995. II. Derecho judicial gallego: los estilos de la Real Audiencia de Galicia. III. La graciosa a través de un expediente judicial del siglo XVIII. IV.- Conclusiones.

Introducción

La promulgación de la Constitución de 1978 produjo la continuación, en otros términos, de un debate jurídico que en España venía siendo objeto de interesantes controversias desde los primeros tiempos codificadores: me refiero a la relación entre los llamados Derechos civiles forales o especiales y el Derecho Civil común o general.

No es objeto de estas páginas el ofrecer la historia de estas relaciones desde el periodo decimonónico¹. Pero sí debo reiterar que el art. 149.1.8^a de la vigente Constitución, en aras a las interpretaciones denominadas *autonomistas* o *extensivas* que del mismo se han realizado, avaladas por Sentencias del Tribunal Constitucional², ha facilitado la recuperación de instituciones que no se encontraban recogidas en las Compilaciones promulgadas en los distintos territorios forales³. Es el caso, para Galicia, del que ahora conocemos como retracto de graciosa.

* Profesora asociada de Historia del Derecho y de las Instituciones.

¹ Cualquiera de los manuales de Derecho Civil al uso ofrecen interesantes resúmenes de estas relaciones; sin ir más lejos, vid., DIEZ-PICAZO, L., GULLON, A., *Sistema de Derecho Civil, I. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 10^a ed., Madrid, 2001, pp. 69-94. Vid., la abundante bibliografía sobre el tema, en la relación que hace LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil, I. Parte General y Derecho de la Persona*, 9^a ed., Madrid-Barcelona, 2003, pp. 18-19.

² Entre otras, vid., las citadas por GARCIA RUBIO, M.P., *Introducción al Derecho Civil*, Barcelona, 2002, pp. 51-55.

³ Una sencilla y precisa exposición de las distintas interpretaciones acerca del controvertido art. 149.1.8^a de la Constitución se encuentra en GARCIA RUBIO, M^a P., *Introducción*, pp. 48-55.

A esta figura se llega desde aquel conocido estilo de la Real Audiencia del Reino de Galicia, la equidad de graciosa, instituto olvidado en pretéritas épocas apendiculares y compilatorias pero ¿felizmente? resucitado, si bien en una modalidad adaptada a los tiempos presentes y no ajeno por ello de cierta indeterminación tras la promulgación, al amparo constitucional, estatutario⁴ y, como hemos indicado, jurisprudencial, de la Ley 4/95, de 24 de Mayo, del Derecho Civil Especial de Galicia⁵.

Estas páginas presentan un procedimiento de graciosa tal y como se encuentra en un expediente judicial del siglo XVIII con la intención de acercarnos a una figura antaño postergada, pero hoy ejemplo de vivificación del Derecho foral a raíz de la Constitución de 1978.

I. El retracto de graciosa: desde el siglo XIX hasta su inclusión en la Ley 4/1995

Quizás fue desde finales del siglo XV o, con mayor probabilidad, desde comienzos del XVI, cuando la Real Audiencia del Reino de Galicia comenzó a conceder a los deudores ejecutados la gracia de recobrar, por un término de treinta años, sus bienes inmuebles rústicos vendidos en subasta pública mediante la entrega al comprador del precio del remate.

Sin embargo, Bernardo Herbella de Puga, primer tratadista gallego que nos ilustra acerca de la demanda de graciosa, dice que “fue una costumbre introducida desde tiempo inmemorial por los habitantes en el Reino de Galicia, i aprobada por los Ministros del Rei, y su Real Audiencia”⁶. Estimo que no

⁴ Vid. L.O 1/1981, de 6 de Abril, del Estatuto de Autonomía de Galicia, art. 27.4 (BOE del 28 de Abril de 1981).

⁵ Recojo la opinión de Díaz Fuentes cuando afirma: “A verdade é que actualmente e desde hai moitísimos anos non ten ningunha efectividade, nin nos textos legais nin no dereito consuetudinario, e cando se aplicou no pasado tiña finalidade e carácter moi diferente o que lle confire o art. 34 da nova Ley de Dereito Civil de Galicia”, en DIAZ FUENTES, A., *Dereito Civil de Galicia. Comentarios á Lei 4/1995*, Seminario de Estudos Galegos, Edicións Do Castro, Sada-A Coruña, 1997, pp. 138-141, en concreto, p. 141. Rebolledo Varela considera el retracto de graciosa como una de las instituciones más conflictivas de la Ley 4/1995, “probablemente innecesaria en su propia inclusión por perturbadora en los procedimientos de ejecución patrimonial a pesar de la bondad de su finalidad última, con unos requisitos de aplicación poco precisos, excesivamente problemáticos y con serias dudas sobre su constitucionalidad” en 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, servidumbres de paso y serventía)*, Pontevedra, 1999, pp. 361-365, la cita en p. 361.

⁶ Vid., HERBELLA DE PUGA, B., *Practica i Estilos de la Real Audiencia del Reino de Galicia*, imprenta de Ignacio Aguayo, Santiago de Compostela, 1768, p. 77, nº 19.

debemos entender literalmente este párrafo. Por su carácter procesal y su naturaleza de gracia regia, la demanda de graciosa no la introdujo el espíritu jurídico popular sino la permisividad regia expresada a través de las decisiones, en esta materia, de su Real Audiencia. Por lo tanto, considero que tampoco la referencia al tiempo debe aceptarse como “inmemorial” sino con un momento inicial más o menos determinado y referido a finales del siglo XV o comienzos del siglo XVI⁷. Lo cierto, es que desde hace tiempo se ha defendido esta idea⁸.

En todo caso, la recobración de bienes o graciosa careció en el periodo histórico moderno de reconocimiento legislativo. Su finalidad se encontraba en la protección del labrador gallego que, por ejecución judicial, se veía privado de sus bienes raíces quedando, de este modo, en una situación de gravísima penuria económica. Según Herbella fue un expediente de sobresaliente utilización en Galicia; tal vez, sí⁹.

No obstante aquella misericorde y, según Herbella, copiosa aplicación de la graciosa durante la Edad Moderna, el siglo XIX asistió a su desaparición de la vida jurídica galaica. Las posiciones codificadoras, defensoras de una ideología liberal burguesa que demandaba un concepto lato de propiedad, que otorgaban las más amplias facultades dispositivas al propietario y que

⁷ De todos modos, autores modernos siguen asumiendo sin mayores críticas el carácter inmemorial de la graciosa. Vid., LISTA GARCÍA, M^a T., “El retracto de graciosa”, *Derechos civiles de España*, vol. IV, part.II, Galicia, Rodrigo Bercovitz- Julián Martínez-Simancas (dirs.), Madrid, 2000, pp. 1909-1914, en particular, p.1911.

⁸ “No es posible precisar cuándo nació la institución que examino...No pudo nacer tal costumbre –la graciosa- hasta el siglo XVI por lo menos, porque la fundación de aquel tribunal –la Real Audiencia de Galicia- tuvo lugar en 1487”, en GARCIA RAMOS, A., *Arqueología-jurídico-consuetudinaria-económica de la región gallega*, Madrid, 1912, p. 64.

⁹ HERBELLA DE PUGA, B., *Práctica i Estilos*, p. 75, n^o 8: “i es tran frecuente, e inconcusa por inmemorial tiempo, que no se esperimentó cosa en contrario; de que son fieles testigos los innumerables Processos, i Sentencias subsistentes en los Archivos de la Real Audiencia”. En la *Gran Enciclopedia Gallega*, XVI (1984), p. 187, voz “Graciosa, La”, se señala que “la costumbre- de la graciosa- se siguió sin una sola contradicción como lo acreditan los procesos y sentencias existentes en el Archivo de Galicia”. Lo cierto es que en el Archivo Histórico del Reino de Galicia, si tantos expedientes de graciosa hubo, desgraciadamente, la mayor parte se han perdido. Y los pocos que quedan se centran, sobre todo, en el siglo XIX. Escasas son las causas de graciosa pertenecientes al siglo XVIII y tan sólo hemos localizado tres o cuatro de siglos anteriores, y en mal estado de conservación. He de aprovechar la ocasión para expresar mi gratitud al personal del Archivo que tan amablemente me ha ayudado a hacer la búsqueda documental, ha atendido mis peticiones y resuelto mis dudas.

postulaban la libre circulación de los bienes, implican el rechazo a una figura de este tipo¹⁰. Además, la graciosa, fundada en criterios de gracia y equidad (de ahí su nombre), estaba condenada a la omisión y el olvido en un siglo de marcado talante positivista fruto de las corrientes doctrinales imperantes. Ello se traduce en que la graciosa ni se regula ni siquiera es mencionada por los textos legislativos decimonónicos ya sean civiles o procesales¹¹. No así cierta doctrina jurídica, curiosamente no gallega, que en algún caso sí alude a ella y nos recuerda su pasada existencia¹².

El abandono padecido por la graciosa alcanza incluso a importantes escritos de finales del siglo XIX y comienzos del XX que abordaban la materia del Derecho gallego: ni en la *Memoria sobre Derecho Civil de Galicia*, elaborada por Rafael López de Lago y concluida el 31 de Diciembre de 1880¹³ ni en la de 12 de Octubre de 1899, de la que fue ponente el rector de la Universidad compostelana Jacobo Gil Villanueva, como tampoco en el *Proyecto de Apéndice al Código Civil aprobado por la Comisión especial de Derecho foral de Galicia*,

¹⁰ Ya García Ramos había afirmado que la graciosa “desapareció a impulsos de nuevas orientaciones jurídicas y de la necesidad de no dejar incierto y sin consolidación el derecho de propiedad”, en GARCÍA RAMOS, A., *Arqueología-jurídico-consuetudinaria-económica*, p. 62.

¹¹ Vid., BUSTO LAGO, J.M., “Comentarios al artículo 34”, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart (dirs.), t. XXXII, Vol. 1º, La Ley 4/1995, de 24 de Mayo de Derecho Civil de Galicia (artículos 1-99), Madrid, 1997, pp. 327-328.

¹² ESCRICHE, J., *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, II, imprenta del Colegio Nacional de Sordomudos, Madrid, 1839, p. 233, voz “graciosa”: “la costumbre o práctica introducida en los tribunales de Galicia a favor de los deudores ejecutados, y consistente en acceder a que se restituyan a éstos los bienes vendidos en pública subasta, con tal que los reclamen en el término de treinta años, aprontando el importe de la venta y los gastos que ésta hubiese ocasionado”. En la Enciclopedia Jurídica Seix, Manuel Lezón señala que la graciosa debiera haber tenido cabida en el Código Civil como “una nueva especie de retracto justificado por el precio de la afección que para los deudores apremiados tienen los bienes por éstos o por sus antecesores fecundizados con el sudor de su frente”, en ENCICLOPEDIA JURIDICA SEIX, Barcelona, 1910, voz “graciosa”, pp. 231-232.

¹³ Recuérdese que por Decreto de 2 de Febrero de 1880 se dispone la incorporación a la Comisión General de Codificaciones de un representante de cada una de las regiones forales con el cometido de que presentaran en un término de seis meses una Memoria acerca de los principios e instituciones de Derecho foral. Galicia, por imperativo legal, como señaló Alfonso Otero, fue incluida entre las regiones forales. Vid., OTERO, A., “La Compilación de Derecho foral gallego”, *A.H.D.E.*, XXVII (1965), pp. 554-556, en particular, p. 554. Sobre el derecho gallego y el derecho foral gallego establecido a partir de este Decreto de Álvarez Bugallal, de 1880, vid., IGLESIA FERREIROS, “El Código Civil (español) y el (llamado) Derecho foral gallego”, *Derecho privado y revolución burguesa. II Seminario de Historia del Derecho Privado, Gerona 25-27 de Mayo de 1988*, Madrid, 1990, pp. 271-359, en particular, pp. 328-359.

y dado a conocer en La Coruña el 30 de Abril de 1915¹⁴, se hace referencia a la graciosa. Los juristas gallegos en su búsqueda de instituciones con cierta relevancia presente se habían desentendido de esta figura de Derecho judicial tan contraria, además, a los intereses de los nuevos propietarios, a la doctrina económico-social de la época, a la propia letra del texto civil sustantivo¹⁵ y a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo¹⁶.

Habrà que esperar hasta la *Ponencia* presentada por la Delegación Territorial Gallega en el Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Zaragoza en 1946 para que vuelva a mencionarse tan perdido instituto¹⁷. Allí se señala que la graciosa era una figura inexistente en aquel contexto histórico de mediados del siglo XX pero que en su momento había sido un elemento más conformador de la normativa protectora de los grupos más modestos de la sociedad, "constituyendo un timbre de gloria a favor del primer Tribunal de la Región", que vino a demostrar "el espíritu de Justicia que desde siempre había informado la actuación de la Magistratura española"¹⁸.

No obstante esta breve referencia, y otra posterior de Amadeo de Fuenmayor¹⁹, la *Compilación de Derecho Civil Especial de Galicia*, de 2 de Diciembre de 1963 nada dice acerca de la recobración de bienes²⁰.

¹⁴ Por Real Decreto de 17 de Abril de 1899 se constituye la comisión encargada de elaborar el texto del Proyecto de Apéndice al Derecho Foral de Galicia. Esta comisión fue reorganizada posteriormente bajo la presidencia de D. José Pérez Porto, de donde surgió este Proyecto de 1915. Vid., PEREZ PORTO, J., *El Derecho foral de Galicia. Memoria*, Imprenta de L. Loman, La Coruña, 1915.

¹⁵ El art. 5 del Código Civil, en su redacción inicial de 1889, establecía: "Las leyes sólo se derogan por otras leyes posteriores y no prevalecerá contra su observancia el desuso, ni la costumbre o la practica en contrario".

¹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo, de 16 de Marzo de 1932, en interpretación del art. 5 antes mencionado: "no cabe admitir las costumbres gallegas, relativas a la llamada casa petrucial, porque serían nulas en virtud de este artículo". Aplíquese idéntico argumento al retracto de graciosa. Vid., esta sentencia citada por BUSTO LAGO, J.M., *Comentarios*, p. 329.

¹⁷ En referencia al *Proyecto de Apéndice*, la Ponencia se manifiesta que en él se "destacan con personalidad propia los foros y la compañía familiar gallega que habrán de ser examinadas con todo el detenimiento que la premura con que ha sido redactada esta ponencia, perminta, haciendo, en cambio, una mera llamada de atención sobre aquéllas otras que, como la aparcería de ganados y cultivos, han adquirido carta de natrualza en todo el territorio nacional, o por el contrario, como el "auto gallego" o la "graciosa" son sólo reliquias históricas carente, mucho tiempo ha, de toda virtualidad en el campo de la jurisprudencia", en FORO GALLEGO, 8 (Febrero, 1945), pp. 99-114, y la cita en p.102.

¹⁸ FORO GALEGO, n^os 11-12 (Mayo-Junio, 1945), pp. 313-317, la cita en p. 317.

¹⁹ *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, I, voz "Derecho civil de Galicia", 1950, p. 242.

²⁰ Sobre esta *Compilación*, vid., el estudio de ABRAIRA LOPEZ, C., *El Derecho foral gallego. Estudio crítico de la Compilación del Derecho Civil Especial de Galicia*, Santiago, 1970.

Será a partir de los años setenta del pasado siglo XX cuando lentamente se abra camino la reivindicación de la graciosa como figura tradicional del Derecho gallego, pero ahora trasmutada en retracto. A los pocos años de la promulgación de la Compilación, durante la celebración del I Congreso de Derecho Gallego, en 1972, la Sección IV del mismo, formada por los señores Hernández Corchero, López Mosteiro y Nogueira Romero, redactó una *Ponencia* que concluye defendiendo la necesidad de regular el retracto de graciosa a favor del deudor ejecutado sobre bienes adjudicados al acreedor, o a un tercero, en trámite de ejecución judicial o de autoridad competente que formen parte del patrimonio familiar. A dicho deudor, la *Ponencia* le otorgaba un plazo de caducidad de sesenta días a partir de la fecha de la adjudicación para que, mediante el pago del precio o del valor en que se remataron los bienes y gastos de legítimo abono, pudiese retraer los mismos. Durante ese plazo de sesenta días, se establecía la ficción de que los bienes permanecían en la misma situación y posesión que estaban antes de la adjudicación, y el depositario sometido a igual responsabilidad²¹. Durante los trabajos de esta Sección, se había presentado un estudio de Nagore Yarnoz en el que defendía que los argumentos esgrimidos en esa época por el Anteproyecto de Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra podían ser acogidos también para la reintroducción del retracto de graciosa en Galicia²².

El camino que condujo hacia la Ley 4/1995 se había iniciado varios años antes y no fue una senda fácil para la graciosa. El primer texto articulado, de Marzo de 1988, contempla esta figura, ya como retracto de graciosa, en el art. 67 (como artículo único del Capítulo III "O retracto de graciosa", del Título II, "Dereitos reais"). En un texto posterior, elaborado por la Comisión Non Permanente de Dereito Civil de Galicia, fechado el 22 de Marzo de 1991, se pierde cualquier referencia al "retracto de graciosa"²³ y lo mismo sucede

²¹ Vid., las conclusiones de la Ponencia en *Libro del I Congreso de Derecho Gallego*, La Coruña, 1974, pp.725-726. La conclusión cuarta dice que "los bienes objeto del retracto no podrán ser motivo de nuevas trabas o embargos por la responsabilidad que dimana la adjudicación cuando no la hubiere cubierto por completo". Esta redacción se posiciona ante el problema de la responsabilidad patrimonial universal del deudor que exige el art. 1157 del Código Civil.

²² La aportación de Nagore Yarnoz en *Libro del I Congreso*, pp. 517-519.

²³ Esta Comisión estaba formada por algunos de los juristas integrantes de la Comisión de Derecho Civil, además, de otros juristas gallegos de reconocida solvencia y prestigio. Sobre este texto, vid., LORENZO MERINO, F., *Derecho civil de Galicia y la Propuesta de Compilación de 22 de Marzo de 1991*, Santiago, 1992.

en el texto elaborado por el Consello da Cultura Galega que se hizo público en ese mismo año de 1991²⁴.

En 1993, se publica el texto articulado de la *Proposición de Ley sobre o Dereito Civil de Galicia*, que viene precedida de un *Informe de la Ponencia Conxunta de Dereito Civil Especial de Galicia*²⁵. En la Proposición, se recoge el retracto de graciosa en el art. 35, Capítulo III "O retracto de Graciosa", en el Título II bajo la rúbrica "Servidumbres e serventías".

Al año siguiente, se nombra una nueva Ponencia Conxunta con la finalidad de redactar el *Informe de la Proposición de Ley de Derecho Civil de Galicia*, que fue publicado el 24 de Junio de 1994. El retracto de graciosa se recoge en el art. 35, como precepto único del Título V²⁶. Acerca de esta *Proposición* hubo interesantes debates parlamentarios²⁷ que fueron depurando la definitiva redacción²⁸.

²⁴ Vid. SILVOSA TALLON, J.M., "El retracto de graciosa", *Comunicación al III Congreso de Derecho Gallego celebrado los días 27,28 y 29 de Noviembre de 2000, Pazo de Congresos, A Coruña* (inédita), si bien consultable en: www.icator.net/contenido/pags/FPAactividadesPropiasColegioCDG2000.htm.

²⁵ Boletín Oficial Parlamento de Galicia, nº 399, de 27 de Abril de 1993.

²⁶ Boletín Oficial del Parlamento de Galicia, de 24 de Junio de 1994. La diferencia sustancial entre la regulación de este texto en sede de retracto de graciosa con los anteriores se refiere al plazo de ejercicio del retracto: veinte días en la Proposición de 1994 y sesenta días en los textos anteriores.

²⁷ Durante el debate de toma en consideración de la Proposición de Ley, en sesión plenaria de 1 de Julio de 1994, el diputado del Partido Socialista, Antonio Carro Fernández-Valmayor, plantea sus dudas en relación con la posible inconstitucionalidad del artículo 35, ya que, desde su punto de vista, estamos ante una norma de naturaleza procesal y la legislación adjetiva es una materia reservada en exclusiva a las competencias del Estado de acuerdo con el art. 149.1.6ª de la Constitución de 1978. El Partido Socialista acabó presentando una enmienda de supresión del artículo referido al retracto de graciosa, a lo que se unió el Bloque Nacionalista Galego. El Partido Popular, en una enmienda de modificación coincidente con la enmienda nº 20 presentada por el Bloque, propone mejorar la redacción del art. 35 que consideraba que podía dar lugar a interpretaciones equivocadas acerca de los legitimados activamente para el ejercicio de este retracto. Además, el Bloque presentó otras dos enmiendas de modificación con la intención de aclarar más el momento temporal a partir del cual se inicia el cómputo de la acción retractual una vez notificado el deudor por el organismo adjudicante.

²⁸ Se acepta la enmienda popular y se rechazan las de los otros partidos políticos, lo que unido a ciertas correcciones gramaticales (vid., Boletín Oficial del Parlamento, nº 212, de 22 de Febrero de 1995) determina que el definitivo art. 34 (antes 35) sea informado por la Ponencia y aprobado por la Comisión (Boletín Oficial del Parlamento, 11 de Marzo de 1995).

La vigente Ley 4/1995, de 24 de Mayo, de Derecho Civil de Galicia²⁹, inserta el retracto de graciosa como artículo único del Título IV, "O retracto de graciosa", en el art. 34, con la redacción final siguiente³⁰:

"En todos los casos de ejecución patrimonial sobre bienes de naturaleza agraria, el deudor ejecutado que tuviese la condición de profesional de la agricultura podrá retraer definitivamente los bienes adjudicados en el plazo de treinta días a partir de la fecha de notificación de la adjudicación, mediante el pago del precio y gastos de legítimo abono. El organismo que hizo la adjudicación la notificará al deudor dentro del tercer día, y desde ese momento se iniciará el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción retractual".

No es mi intención el relatar las diferentes críticas que la redacción de este texto ha generado ni analizar su significado técnico-jurídico ni siquiera exponer las dudas de constitucionalidad que plantea³¹. No obstante, sí debo comentar que mientras el Tribunal Superior de Justicia de Galicia apenas ha tenido ocasión de pronunciarse hasta la fecha acerca de esta norma³²,

²⁹ Esta Ley fue aprobada en la sesión plenaria del Parlamento de Galicia el 20 de Abril de 1995.

³⁰ Diario Oficial de Galicia, nº 107, de 6 de Junio de 1995 y B.O.E, nº152, de 27 de Junio de 1995.

³¹ Dudas puestas de manifiesto no sólo por la representación del Partido Socialista, como ya he mencionado, sino también por algunos reputados autores. Para ello me remito a la bibliografía específica que trata de esta figura en la actualidad. Por mencionar únicamente alguna: AAVV, *Dereito Civil de Galicia (Comentarios á Lei 4/1995, de 24 de Maio)*, Asociación Revista Xurídica Galega, Parlamento de Galicia (ed.), Santiago de Compostela, 1996, pp. 177-179, redactadas por Pablo Moure Mariño; DIAZ FUENTES, A., *Dereito Civil de Galicia. Comentarios á Lei 4/1995*, Seminario de Estudos Galegos, Edicións Do Castro, Sada-A Coruña, 1997, pp. 138-141; 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, servidumbres de paso y serventía)*, Pontevedra, 1999, pp. 361-365, con relación al retracto de graciosa; SILVOSA TALLON, J.M., *El retracto de graciosa*, cit. . LETE DEL RIO, J.M., -PEREZ ALVAREZ, M.A., -GARCIA RUBIO, M.P., -ESPIL ALBA, I., -IGLESIAS REDONDO, J., -LETE ACHIRICA, J., *Manual de Derecho Civil gallego*, Madrid, 1999, pp. 101-104.

³² No obstante, quisiera comentar que hasta la fecha únicamente se ha dictado por la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia una sentencia en sede de retracto de graciosa. Se trata de la Sentencia de 27 de Enero de 1999, de la que fue ponente el magistrado D. Juan José Reigosa González y en la que se resuelve, en casación, acerca de los siguientes extremos: 1º) del recurso interpuesto por el acreedor-ejecutante, por un lado, declara la procedencia del auto confirmado en apelación que acordó la devolución de la cantidad consignada en el juicio ejecutivo a favor del actor del mismo -ejecutante-; 2º) además, el deudor ejecutado ha de consignar las cantidades correspondientes a las fincas que pretendía retraer; 3º) y, por último, desestima el recurso interpuesto por el deudor retrayente, ya que para la Sala, en la resolución recurrida, no se deduce sobre la procedencia del retracto de graciosa, sino sobre la aplicación de las normas sobre la responsabilidad patrimonial que no pueden quedarse sin efecto porque de otro modo supondría un fraude

destacados juristas gallegos ya han presentado una Propuesta de Reforma de la Ley 4/1995 que incluye un cambio en la sistemática y redacción del artículo 34³³.

II. Derecho judicial gallego: los estilos de la Real Audiencia de Galicia

A. Los estilos de la Real Audiencia de Galicia

Galicia ha carecido de un poder legislativo propio del que emanase una legislación gallega, diferente de la establecida por los monarcas castellanos. El Derecho gallego que podemos identificar procedente de este periodo medieval y moderno se reconduce, por lo tanto, a una serie de instituciones fundamentalmente de naturaleza consuetudinaria³⁴.

Esa creación consuetudinaria del Derecho gallego se produce por una doble vía. Una, la más importante, de creación popular y otra, en el ámbito

de ley. Sobre este último apartado, especialmente polémico, la Sala estima que el principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, establecido en el Art. 1157 C.C., precepto general, no puede ser violentado por la aplicación del art. 34 Ley gallega, precepto especial, ya que si bien la retracción es "definitiva" no exime, por ello, al deudor del abono completo de sus deudas en tanto y cuanto aparezca capital para ello, y una vez realizado aquel abono, sí podrá retraer las fincas embargadas. Así que el deudor deberá abonar su deuda al completo, y entonces, y si se encuentra dentro de plazo, ejercer el derecho de retracto. Sobre esta sentencia y los problemas que con la graciosa del art. 34 se plantean en relación con la responsabilidad universal del deudor, vid., BUSTO LAGO, J.M., "Retracto de graciosa y responsabilidad patrimonial universal del deudor (a propósito de la sentencia del T.S.J. de Galicia de 27 de Enero de 1999)", *Revista Xurídica Galega*, 22 (1er. Trimestre, 1999), pp. 223-242.

³³ "Propuesta reforma de la Ley de Derecho Civil de Galicia" en el *Libro Homenaje a Ildelfonso Sánchez-Mera*, II, Colegio Notarial de La Coruña. Colegios Notariales de España, Consejo general del Notariado, Madrid, 2002, pp. 2373-2433, en referencia al retracto de graciosa, p. 2405. *Propuesta* que viene firmada por Luis Espinosa de Soto, Gerardo García-Boente Sánchez, José Manuel Lois Puente, Fernando Lorenzo Merino, Eduardo Méndez Apenela, Francisco Ordóñez Armán, Miguel Ángel Pérez Álvarez, Ángel L. Rebolledo Varela. El artículo 34 de la vigente Ley, relativo a la graciosa, se desglosa en la *Propuesta* en cuatro artículos (95-98), como capítulo VIII "Del retracto de graciosa", del título VI "De los derechos reales". Lo más relevante quizás sea el art. 98, que trata de resolver las dudas que se planteaban con relación a la responsabilidad universal del retrayente de graciosa.

³⁴ En otro lugar, aludo a la posible aportación a la creación del Derecho gallego de los notarios; sin embargo, pongo de manifiesto que a día de hoy, apenas se ha entrado en los archivos de protocolos notariales, de modo que prácticamente nada podemos afirmar de esta posible aportación. En BOUZADA GIL, Mª T., *La creación del Derecho en Galicia durante la Edad Moderna* (en prensa), comunicación presentada en el "III Encuentro sobre o Feito Diferencial Galego", referidas en esta ocasión al Derecho y celebrado en el Museo do Pobo Galego, 21-24 de abril de 2004.

técnico, procedente de la actividad judicial de la Real Audiencia de Galicia y expresada a través de sus conocidos *estilos*³⁵.

La población rural y marinera de los diferentes pueblos y aldeas gallegas estableció una serie de instituciones, fundamentalmente, agrícolas y familiares que vienen a demostrar el carácter comunitario de los gallegos así como su especial vinculación a la tierra³⁶.

A la par, su Real Audiencia conformó una serie de prácticas forenses que, no siendo objeto de oposición por el monarca, acabaron convirtiéndose por su reiteración judicial en normas propias de Galicia: los estilos³⁷. Éstos denotan una especial sensibilidad jurídica hacia lo gallego por parte de la magistratura (muy frecuentemente nacida fuera de nuestro suelo) a la hora de aplicar el Derecho castellano en Galicia. De esta sensibilidad surgieron una serie de figuras jurídicas, como el Auto Ordinario (también llamado Decreto Gallego) o la Graciosa. No obstante, y siguiendo a Rodríguez Ennes, se puede afirmar que estos estilos son, simplemente, peculiaridades jurídico-procesales que carecen de entidad suficiente para ser consideradas instituciones propias del Derecho civil de Galicia³⁸ (o, al menos, así la graciosa). Efectivamente, a medida que nos vamos adentrando en los archivos se puede observar como, en realidad, algunas de las instituciones que se venían considerando como estandartes del Derecho gallego histórico no dejan de ser desviaciones y peculiaridades del Derecho castellano³⁹.

³⁵ Acerca del origen de la Real Audiencia de Galicia, sigue siendo imprescindible acudir a FERNANDEZ VEGA, L., *La Real Audiencia de Galicia. Órgano de gobierno en el Antiguo Régimen (1480-1808)*, I, La Coruña, 1982, sobre este problema fundacional, en particular, pp. 101-140.

³⁶ MARTINEZ-RISCO MACIAS, S., "As institucións xurídicas e a vida económica e social de Galicia", *A introducción e a economía galega de hoxe*, Vigo, 1969, pp. 99-136.

³⁷ HERBELLA DE PUGA, B., *Practica i Estilos*, p. 79, nº 28, refiriéndose a la graciosa dice: "i con haver juzgado así por dos veces, constituyeron Lei en la costumbre".

³⁸ RODRIGUEZ ENNES, L., "Estilo de la Real Audiencia de Galicia", *A.H.D.E.*, LXIX (1999), pp. 494-495. Vid., también esta idea en RODRIGUEZ ENNES, L., *Historia do Dereito de Galicia*, Vigo, 2000, p. 88.

³⁹ Incluso el foro, la institución incontrovertida como propia del Derecho gallego y de la que Alonso Martínez defendió la necesidad de elaborar una ley especial para foros y subforos en Asturias y Galicia (vid., ALONSO MARTINEZ, M., *El Código Civil en sus relaciones con las legislaciones forales*, 2ª ed., Madrid, 1947, pp. 446 y ss) ha sido, recientemente y en virtud del cotejo de numerosos documentos de aplicación, cuestionada aproximándolo más bien a una peculiaridad jurídica frente al Derecho castellano; vid., MARTINEZ MARTINEZ, F., *Aproximación histórica al foro gallego: los foros urbanos*, I, Santiago, 2002, pp. 439-458.

Galicia, además, ha carecido de una ciencia jurídica propia durante los siglos modernos. Pocos son los juristas gallegos de este periodo que abordan en sus obras la problemática jurídica gallega. Desde luego, un tanto inmerecidamente, uno de los más conocidos para nosotros es Bernardo Herbella de Puga quien, con su célebre obra, no hizo otra cosa que responder a una moda y necesidad de su época cual era la elaboración de una curia o práctica procesal que sirviese para salvar la distancia existente entre el Derecho estudiado o académico y el Derecho aplicado (*theoria y praxis*). Dicha obra, como se ha puesto de manifiesto, no hubiese tenido más que una importancia limitada si un ex alcalde mayor del Crimen de la Real Audiencia, Ramón Calvo de Rozas, no la hubiese denunciado en 1803, provocando la formación de un expediente que culminó con una sentencia del Consejo de Castilla ordenando la retirada del libro⁴⁰.

B. De la gracial al retracto de graciosa

Herbella de Puga, a quien inevitablemente hemos de acudir, dedica el capítulo VII de su obra a esta figura, bajo la denominación "graciosa o recobración de vienes vendidos en publica subastación".

Quiero hacer notar que a lo largo de este capítulo en ningún momento el autor alude a "retracto de graciosa" y sí a "graciosa", "costumbre", "pedimento de graciosa" o "recobración de vienes"⁴¹. Sin duda, porque para Herbella no estamos ante un retracto. Él define la graciosa como "una equidad de la que usa la Real Audiencia de Galicia a favor del deudor, para que recupere los vienes raíces, que se le hayan vendido en subastación, aprontando el importe de la venta"⁴².

En la Edad Moderna, la concesión de la graciosa a un deudor es una equidad porque su fundamento no ha de buscarse en la norma jurídica general, de la que es una excepción, sino en la epiqueya del legislador⁴³. Por

⁴⁰ MONTANOS FERRIN, E., "Notas sobre la práctica jurídica gallega en el siglo XVIII", *A.H.D.E.*, 53 (1982), pp. 711-731, en particular, p. 719.

⁴¹ Observaremos que tampoco en el expediente que más adelante comentaré se hace escribir en momento alguno la expresión "retracto de graciosa" y sí a "demanda de graciosa", "recobración de vienes", "graciosa".

⁴² HERBELLA DE PUGA, B., *op. cit.*, nº 1, p. 73.

⁴³ Acerca de la equidad en la historia jurídica, también la hispánica, vid., ANDRADA HERRERO, N., *La equidad como elemento catalizador entre norma jurídica y justicia*, Tesis Doctoral, UCM, 1988, pp. 44-110, y en especial, para el caso hispano, pp. 66-110.

el contrario, el retracto no es una gracia, sencillamente, es un derecho o facultad personal por el cual su titular limita la plenitud del dominio.

Las Partidas establecen que la gracia “no es perdonamiento, mas es don que faze el Rey a algunos, que con derecho se puede escusar de lo fazer, si quiere”⁴⁴. Por lo tanto, la gracia supone una concesión regia (un “don”), un privilegio (“a algunos”), y cuya existencia y mantenimiento está sujeta a la voluntad del monarca que en cualquier momento la extingue. El voluntarismo es la única fundamentación jurídica de la gracia, lo que la convierte en una de las manifestaciones más evidentes de la *mayoría de justicia* del rey. La gracia es un privilegio sujeto a la *voluntas regis* y ajeno a toda regulación normativa.

Ahora bien, la graciosa gallega es un don regio otorgado a través de su Tribunal Real. Sin embargo, nuestra graciosa añade un elemento que no está explícito en la gracia de Partidas: la idea de equidad o justicia. El texto alfonsino en su definición de gracia es aséptico, no introduce un elemento moral ni de contraprestación; aquí se halla su diferencia con la misericordia o con la merced. La misericordia implica la existencia de un yerro y su correspondiente pena, que el rey “perdona” por “piedad”; la merced implica también el “perdón” de una pena, en este caso, por los “servicios prestados” al monarca en el pasado. La gracia es una concesión gratuita: un don.

Las tres figuras implican la superior justicia del rey ya que las tres excepcionan el Derecho: “*E como quier que los Reyes deven ser firmes, e cumplir la justicia; pero pueden, e deven a las vegadas, usar destas tres bondades, así como de misericordia, e de merced, e de gracia*”⁴⁵.

Así que la Real Audiencia gallega actúa la gracia movida por una motivación moral. Por ello, no es admisible la afirmación de Herbella, salvo que se entienda de un modo metafórico o literario, cuando afirma que “esta costumbre es introducida desde tiempo inmemorial por los Habitantes en el Reino de Galicia”⁴⁶. Por su propia naturaleza, únicamente el monarca o quien lo represente (en este caso, el Tribunal Real) pudieron introducir la graciosa en Galicia.

⁴⁴ P. 7,32,3. La edición manejada de las Partidas es *Las Siete Partidas del muy noble Rey Alfonso El Sabio, glosadas por el Lic. Gregorio Lopez*, Compañía General de Impresores del Reino, Madrid, 1843.

⁴⁵ P. 7,32,3.

⁴⁶ HERBELLA DE PUGA, B., *op. cit.*, nº 18, p. 77.

En el Derecho de la Edad Moderna la graciosa no es un retracto⁴⁷. A pesar de ello, así lo expresan algunos autores actuales que, al referirse a este periodo histórico, aluden sin reparo alguno a retracto de graciosa, dándole una denominación a esta figura que ni el propio Herbella, como antes he mencionado, le confería⁴⁸.

El retracto, instituto desconocido en el Derecho romano pero no en el Derecho mosaico⁴⁹, lo hereda el Derecho moderno del mundo altomedieval en donde se desarrolló por las peculiares circunstancias históricas. La intensificación de las relaciones de dependencia familiar y vecinal como consecuencia de la desaparición del poder público visigodo determinaron la idea de proteger la cohesión de los patrimonios familiares y comunales ante eventuales pérdidas de bienes⁵⁰. Nacen el retracto gentilicio o consanguíneo y el de comuneros que responden a la misma idea de impedir la pérdida de patrimonio común como consecuencia de la adquisición de la cosa realizada por un "ajeno" al grupo originario, amén de otros de tipos de retracto convencionales.

La figura en la que se ha convertido la primitiva graciosa es, en la actualidad y a decir de la mayoría de los autores, un retracto de tipo legal no encajable en los supuestos de gentilicios o comuneros regulados por el Código Civil. Ya no cabe en el Estado constitucional, con unas bases filosóficas, políticas y jurídicas tan diferentes de las del Estado Absoluto, viejas

⁴⁷ Baste acudir a José Febrero quien refiere los tipos de retracto existentes a cinco: de vecindad, convencional, de consanguinidad o gentilicio, de sociedad o comunión y, por último, un supuesto de tanteo derivado de la venta o permuta por parte del poseedor de un castillo o fortaleza que se encuentra obligado a impetrar licencia del rey e informarle del comprador y precio para que, si así lo desea, ejercite el retracto, a la luz de P.2,18,1 y N.R.5,10,2. En FEBRERO, J., *Librería de escribanos e instrucción jurídica theorico practica de Principiantes*, Oficina de la Viuda de Marín,s/l, 1790, Consejo General del Notariado (ed. facsimil), Madrid, 1990, part. I, cap. VII, n° 113, pp. 423-424. No obstante, para García Ramos la graciosa es "un retracto especial", sin mayores detalles, en GARCIA RAMOS, *Arqueología*, p. 62.

⁴⁸ Vid., por ejemplo, a Silvosa Tallón que, en la *Introducción* de su Comunicación al III Congreso de Dereito Galego, afirma que "el retracto de graciosa es una gracia", en *El retracto de graciosa* en la página Internet antes citada.

⁴⁹ Lev, 25, 24: "En toda el territorio de vuestra posesión daréis derecho a redimir la tierra. Si tu hermano empobreciere y vendiere algo de su propiedad, vendrá el que tenga derecho, su pariente más proximo, y rescatará lo vendido por su hermano"; otras manifestaciones de lo que se denominaretracto gentilicio o consanguíneo en Rt, 4, o en Jer, 32, 1-16.

⁵⁰ Vid., PEREZ-PRENDES, J.M., *Interpretación histórica del Derecho, Notas. Esquemas.Prácticas*, Madrid, 1996, pp. 609-610. Más recientemente, sobre el retracto, MORAN MARTIN, R., *Historia del Derecho privado, penal y procesal*, I, Madrid, 2002, pp. 193-195.

y poderosas prerrogativas que permitían a los monarcas excepcionar el Derecho fundamentándolo únicamente en su voluntad. El principio de legalidad, la certeza del dominio o la seguridad del tráfico de bienes, por ejemplo, impiden la existencia de la graciosa tal y como fue aplicada por la Real Audiencia; ahora estamos ante un derecho real de adquisición preferente⁵¹.

III. La graciosa a través de un expediente judicial del siglo XVIII⁵²

A. Antecedentes fácticos

El día 2 de Diciembre de 1764 se procedió a la pública subasta, instada por la parte de Francisco Troncoso, acreedor, de los bienes inmuebles embargados a Gabriel Gil, vecino de la villa de la Franqueira⁵³. La deuda total de Gabriel Gil ascendía a 136 ducados de vellón. El juez ordinario de la jurisdicción de Las Achas (cerca de Tuy-Pontevedra), encargado de la ejecución, era Francisco Antonio de Puga y Ochoa.

Previamente y como es preceptivo, se había dado sentencia de remate y en su virtud se habían hecho los cuatro pregones a viva voz⁵⁴, se dio la

⁵¹ Debo recordar que la opción sistemática de "derecho de adquisición preferente" es relativamente reciente en el Derecho español (en la Dogmática de otros Estados es una categoría desconocida). El Código Civil no la emplea y en la doctrina no comenzó a generalizarse hasta mediados del siglo XX. Desde entonces, se ha consolidado técnica, legislativa y jurisprudencialmente. Con todo, ha de destacarse cierta controversia existente en torno a la naturaleza jurídica del retracto (también del tanteo). El hecho de que el titular del derecho de retracto no tenga un poder directo e inmediato sobre la cosa genera dudas acerca de su naturaleza como derecho real; sobre estos particulares, *vid.*, cualquier manual de Derecho civil, por citar alguno, ALVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *Curso de Derechos reales. Derechos reales limitados*, Madrid, 1987, pp. 91-100; DIEZ PICAZO-GULLON, *Sistema de Derecho Civil, III, Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario registral*, 7ª ed., Madrid, 2001, p. 44; LASARTE, C., *Principios de Derecho Civil, V, Derechos reales y Derecho hipotecario*, 3ª ed., Madrid-Barcelona, 2002, pp. 207-211.

⁵² A lo largo de las páginas que siguen presentaré un expediente completo de graciosa, desde la primera instancia, en la jurisdicción de Las Achas, hasta su resolución ante la Real Audiencia. Este expediente se encuentra en el A.H.R.G., con la referencia **Causas Civiles**, Leg. 26770, N° 52 (1786). Consta de 418 folios manuscritos, y en su carátula figura como rúbrica "Juan Domínguez con Santiago Rubianes y consortes, sobre vienes". Se tramitó en la escribanía de "Figueroa".

⁵³ Francisco Troncoso falleció durante la tramitación de este expediente ejecutivo y su pretensión fue continuada por su yerno, el Licenciado Luis Vázquez de Puga, vecino de la feligresía de San Jorge del Villar.

⁵⁴ "A los bienes executados se han de dar tres pregones si fueren raíces, en veintisiete días, cada nueve días el suyo", según HEVIA BOLANOS, J., *Curia Philipica*, Real Compañía de Impresores y Libreros del Reino, Oficina de Román Ruiz, Madrid, 1797, I, II, & XVIII, p.

fianza que dispone “la ley de Toledo” y se habían tasado los derechos y despachado los mandamientos de pago tanto para los 136 ducados como para la décima y otros derechos que les correspondían a los escribanos participantes en la ejecución y remate⁵⁵. A la noticia de este remate concurre Juan Domínguez, vecino también de la feligresía de la Franqueira, *rustico labrador*, quien hizo la única y mejor postura de los bienes subastados y que ascendía a 157 ducados, con la que se saldaba la deuda con la parte de Francisco Troncoso y las décimas, tasas y otros derechos de los escribanos y que la parte del adquirente había tenido que adelantar para poder proceder a la subasta⁵⁶.

Gabriel Gil, el deudor ejecutado, había fallecido durante la tramitación del juicio ejecutivo. Sus herederas eran sus seis hijas, algunas de ellas menores de edad y, por ello, fue nombrado Bernardo Pérez, su tío materno, como tutor-curador de los intereses de las menores en el remate y subasta de los bienes inmuebles ejecutados.

El día 2 de Diciembre de 1764, se verifica la venta pública de los bienes subastados a Juan Domínguez y,

*“desde este dia en nombre de dicha justicia (de Las Achas) y de la de Su Magestad aparta al dicho Bernardo y a sus menores y herederos del **derecho de Propiedad y Posesion y señorío** que tenían a dichos bienes, y los ceden en dicho Juan Dominguez y los suyos, para que dellos usen como les conbenga que yo (juez de Las Achas) me ofrezco a darle la **Posesion judicial** de dichos vienes y a ampararle en ella, y obligo los mismos vienes principales y los demas que se allaren y quedaren de dicho Gabriel Gil a la seguridad de los aquí vendidos, y de parte de la dicha justicia ordinaria que administra su Merced alcalde presente en esta Jurisdiccion exorta, pide y encarga a los señores jueces*

147.2. Igualmente, N.R.4,21,19 (la edición manejada es *Recopilación de las Leyes destos Reinos hecha por mandado de Su Magestad Catolica, el Rey Don Felipe Segundo*, imprenta de Catalina de Barrio y Angulo, y Diego Díaz de la Carrera, Madrid, 1640 (ed. facsimil, Valladolid, 1982). En Galicia, a la vista del documento presentado, se hacían cuatro pregones.

⁵⁵ La expresión “Ley de Toledo” se refiere a la legislación salida de las Cortes de Toledo de 1480, en sede de aranceles de los executores (*Cortes de los Antiguos Reino de León y Castilla. Ntroducción Manuel Colmeiro*, IV, RAH, 1872, leyes 47-51, pp. 131-133) que se desparrama en varias leyes de la Nueva Recopilación, a lo largo del libro 4º, título XXI; vid., leyes 2,7 o 19.

⁵⁶ Los bienes subastados y que serán objeto de la demanda de graciosa son la heredad y monte de San Sebastián; dos prados, llamados *do Campiño*; un molino de agua, llamado de *Porto Campiño*, y la heredad, conocida como *da Figueiriña*.

y Justicias de donde esta presente venta o sus tasados fueren presentados le den el devido cumplimento”.

El tutor de las menores, su tío Bernardo Pérez, “*consintió que el expresado Juan Domínguez tomase la posesion de los referidos vienes cada y quando quisisese como mejor le pareciese*”. Al día siguiente, el 3 de Diciembre de 1764, el ministro comisionado de la jurisdicción de Las Achas, Juan Melón, dio *posesión judicial* a Domínguez de los bienes adquiridos en pública subasta mediante una serie de actos simbólicos:

*“lo tomó por la mano (Melón a Domínguez) y lo entró dentro del Molino que se nombra de Porto Campiño, y en los dos Prados junto del mismo nombre, en voz y en nombre de los mas bienes...y de dicho Molino le puso en sus manos teja del techo, y de la pared de barro; de los Prados, hierba y tierra, en voz y en nombre de los mas bienes, y en virtud de dichas insignias y mas que el derecho permite, le había y hobo por dada la **posesion judicial actual, corporal, cevil seu quasi**, y mandó bajo la pena y multa que refiere el Auto de su comision que en ella ninguna persona le inquiete ni perturbe, y el dicho Juan Domínguez de cómo toma esta posesion por el día y por el sol quieta e pacificamente, y sin condicion de persona alguna...”.*

La situación jurídica que se diseña es muy clara: un deudor ha sido ejecutado en ciertos bienes raíces. Se adjudican los bienes vendidos en subasta pública al único postor, con cuya postura se paga el principal y otros gastos y derechos derivados del remate. Se entrega, sin ninguna controversia, la posesión pacífica de los bienes adquiridos. La venta es perfecta y se ha consumado la transmisión del dominio.

B. Tramitación ante el juez ordinario de Las Achas

No obstante aquella venta pública perfecta, veinte años después, el 14 de Julio de 1784, las hijas de Gabriel Gil⁵⁷, presentan ante el juez ordinario de la jurisdicción de Las Achas una *petición* para que se les devuelvan los bienes inmuebles que en el pasado se le habían embargado y vendido en pública subasta.

⁵⁷ Las hijas están casadas o son viudas. Así, Agustina e Isidora Gil son viudas; Sebastiana está casada con Manuel Vicente; Juliana lo está con Cayetano Estévez; María con Santiago Rubianes que lleva emigrado tres años en Lisboa, y Juana está casada con Juan de Millas, también emigrado en Lisboa pero desde hace dos años. María y Juana han pedido al juez que se les de *habilitación* para comparecer en juicio, ante la ausencia de sus esposos: “*se ha de servir habilitarnos y concedernos la competente lizenca a fin de parecer en juicio y defender los relatados vienes*”.

En esta *petición* las demandantes solicitan:

*“que se nos vuelva y restituya los expresados vienes con frutos, desde su intrusion hasta la Real entrega, y nos de satisfacción de los desperfectos a tasacion de Peritos, y reciva su Dinero con reditos a razon de tres por año, y negando, protestamos acreditarlo, y para todo ello hemos aquí por expreso Libelo y accion que más util y necesaria sea, especialmente de la **graciosa**, conlo mas, que corresponda a Derecho, y a maior abundamiento ymploramos el beneficio de la **restitucion integrum** contra cualquiera lapso de tiempo, **Auto perjudicial Lesion**, y **menos plena defensa** por aquella bia y remedio, que mas cabida tenga y aprovecho nos pueda, en Justicia, que es la que aclamamos con costas”.*

Las demandantes alegan que los bienes fueron rematados y adjudicados por un precio muy inferior a su valor real al tiempo de la venta pública, lo que implica la existencia de dolo, fraude y lesión. Además, estiman que se ha producido un menoscabo en los bienes adjudicados desde que se encuentran en posesión del comprador, ya que las tierras no se han cultivado y el molino no ha trabajado⁵⁸. En la Petición, las hermanas Gil y sus consortes solicitan los bienes con frutos, y están dispuestos a entregar el precio con réditos e intereses a razón de tres por ciento por año. La acción ejercitada es cualquiera que les sea provechosa si bien especifican la graciosa, la *restitutio in integrum* así como la acción de lesión.

Admitido a trámite el escrito, se dio traslado a la parte de Juan Domínguez, quien alegando ser *“rustico labrador y nada bersado en lo judicial”* solicita que se le tenga por opuesto a las pretensiones de la contraparte.

Tras una fase alegatoria verdaderamente larga y farragosa en la que las partes presentan numerosos escritos de réplica y contrarréplica, insistiendo en los mismos argumentos, y en el que el más destacado es un escrito de allanamiento del demandado Juan Domínguez, no aceptado por la contraparte⁵⁹, se abre el periodo de prueba.

⁵⁸ *“Con la adbertencia que el dicho molino al tiempo que el Adverso entro en el se hallaba moliente, y oy se halla moi destruido, y deteriorado; la repetida heredad da Figueiriña se hallaba coltibada delabradio, y oy se encuentra de monte y robles”,* en la petición de 14 de Julio de 1784. Por supuesto, la opinión de Juan Domínguez es otra: *“no hay duda que al tiempo de dicho remate se hallaba el Molino enteramente desperfectado e inutil para moler, y que la heredad da Figueiriña estaba la mitad desquilmo y Robles y la otra mitad aunque cultibada por no producir util alguno la dejó poner de monte...”*, en declaración jurada a petición de las heredera de Gabriel Gil, escrito de fecha 20 de Septiembre de 1784.

⁵⁹ Aunque finalmente, como veremos, en la sentencia dictada por la Real Audiencia se alude al allanamiento de Domínguez, lo cierto es que, desde nuestro punto de vista, más que un

Una vez abierto el periodo probatorio, será la prueba de las demandantes la que domine esta fase procesal. Es una prueba testifical, preferentemente. Las demandantes y sus consortes presentan hasta ocho testigos que deben responder al mismo pliego de posiciones. A su vez, las preguntas del juez o su asistente son también reiterativas. A la vista de la solución de las posiciones, en particular la que hace referencia a las generales de la ley, observamos, como cabría esperar en una pequeña comunidad y feligresía, las relaciones familiares y de parentesco que hay entre los testigos y ambas partes, lo que implica un menoscabo de la credibilidad de las declaraciones⁶⁰.

En los escritos de conclusiones se encuentran la mejor fundamentación jurídica realizada por las partes. Desde nuestra perspectiva, son escritos muy interesantes pues nos permiten conocer las apoyaturas legales y doctrinales de las argumentaciones esgrimidas por unos y otros⁶¹.

Finalmente, el juez ordinario de la jurisdicción de Las Achas, D. José Sequeiros y Vidal, pronunció la sentencia siguiente⁶²:

allanamiento por el que el demandado se aviene a la pretensión demandante estamos ante un convenio o conciliación que Domínguez propone, con concesiones para ambas partes, presentado en un escrito de 5 de Octubre de 1784. Tras solicitar, otra vez, la inhibición de la justicia ordinaria de Las Achas, Juan Domínguez alega *"me conformo a la restitucion de aquel importe en la subcitada pieza, con los mas vienes demandados sin frutos, con tal que primero satisfagan los perfectos y mexoramientos que a mis expensas fabrique en los vienes de la disputa, por medio de Peritos, reciprocamente nombrados"*. Así Domínguez se aviene a entregar los bienes inmuebles subastados sin conservar los frutos, y a recibir el precio del remate; a cambio, las herederas de Gil deben entregarle primero, los gastos de mejoras hechos en los bienes, previa tasación pericial.

⁶⁰ Por ejemplo, Blas Ledo, vecino del lugar del Cebreiro, feligresía de la Franqueira, es compadre de Juan Domínguez; Julián Estévez, labrador, es pariente de ambas partes: de Juan Domínguez, como compadre *"porque este ha quitado de la Pila a dos hijos del testigo, cada uno por su bez"*, pero que también es *"pariente en tercero grado con Angel Estévez, hijo de Agustina Gil, una de las partes que litiga"*. Más adelante, en su declaración, a las preguntas del asistente judicial, reconoce que *"Josefa Perez, su muger, al de presente es prima carnal de Agustina e Ysidora Gil, y mas hermanas"*, y, además, *"también es cierto tiene pleito con el Juan Domínguez sobre partida de maravedís (sigue explicando en relación a una venta de vinos)"*. Juan de Rubianes, labrador, también es pariente de ambas partes: *"de Cayetano Estevez, en segundo grado; y tambien hera primo carnal de la primera muger que ha tenido dicho Juan Domínguez"* (Cayetano Estévez es marido de Juliana Gil).

⁶¹ Gran parte de los debates jurídicos que presentaremos más adelante, los he extraído de estos escritos de conclusiones.

⁶² No figura la fecha de la sentencia. En un escrito posterior, ya en fase apelatoria, se nos dice que esta sentencia es de 6 de Julio de 1785, lo que es posible ya que el escrito de preparación de la apelación tiene por fecha la de 13 de Julio de 1785.

*“Fallo atento los autos y meritos del proceso, a que me refiero y por la que dellos resulta probada deducido y alegado con el testimonio que se registra desde el folio seis hasta el nueve inclusibe, sin embargo delos mas documentos presentados por el enunciado Juan Dominguez que se consideran de ningun valor y efecto, **debo de condenar y condeno a este que restituia a las partes** del referido Procurador Vazquez (hermanas Gil), los vienes que especifica el mencionado testimonio, entendiendose la beiga y monte de San Sebastián, y los dos Prados del Campiño, sin frutos, devolviendole los ciento cincuenta ducados en que se remataron, sin reditos; y el molino de Porto Campiño como tambien el Heredad de la Figueiriña con sus lejitimos frutos, aprontandole los cincuenta y siete ducados en que consistió su venta, con reditos, regulados a razon de tres por ciento, cuia compensacion e igualmente la liquidacion de perfectos y desperfectos que las nominadas partes significaron se reserve para la execución deste mi sentencia, por la cual definitivamente juzgando, sin hacer expresa condenacion en costas, sino que cada Parte pague por las suias y las comunes por mitad. Asi lo pronuncio mando y firmo”.*

El juez ordinario sin mayores fundamentaciones decide acerca de los siguientes extremos:

a) El adquirente en subasta pública debe restituir los bienes inmuebles objeto de litigio a las hijas de Gabriel Gil, el deudor ejecutado y ya fallecido.

b) En cuanto a los frutos: los nacidos de la heredad y monte de San Sebastián y de los dos prados *do Campiño*, quedan en el dominio de Juan Domínguez. Los frutos del molino y de la heredad *da Figueiriña* deben ser entregados a las herederas de Gabriel Gil⁶³.

c) Las hijas de Gabriel Gil han de devolver al adquirente la cantidad consignada por el Monte de San Sebastián y los dos Prados del Campiño, sin réditos ni intereses. Sin embargo, por el molino y por la heredad *da Figueiriña*, deben devolver las herederas de Gil, la cantidad consignada más unos intereses fijados al tres por ciento⁶⁴.

d) Los perfectos y desperfectos que ambas partes alegan en los referidos bienes, cuyas cuantías pueden ser compensadas, las deja el juez ordinaria para la fase ejecutiva de su sentencia.

e) No hace expresa condena en costas.

⁶³ Recuerdo que en la petición de las demandantes se solicitaban los frutos de todos los bienes.

⁶⁴ En la petición de las hermanas Gil, y sus consortes, ellas estaban dispuestas a devolver la totalidad del precio del remate con réditos.

Evidentemente, la parte de Juan Domínguez presentó en plazo apelación de esta sentencia, con un escrito preparatorio ante el juez ordinario, a quo, *petición de apelación*⁶⁵, bajo la argumentación siguiente:

*“Digo que con vista de los autos se sirvió Vm. dar uno (un auto), declarando haver lugar a la restitucion del molino y demas vienes con frutos, sin que los contrarios huviesen probado al tiempo de la venta de dichos bienes el engaño enormissimo que articularon, cuja declaracion, o sentencia dada en la conde-nacion de dichos frutos y otros particulares que se motiva, hablando con el respetoque debo, me es **grabosa y perjudicial**, por los motivos deducidos y alegados, por ciuia razon, hablando con beneracion devida, apelo de dicha Sentencia ante S.E. los señores del Real Tribunal...”*

Continúa el escrito con la solicitud de suspensión de la sentencia a ambos efectos y pide testimonio para la mejora de la apelación que le corresponde en Derecho.

C. Tramitación ante el juez *ad quem* (Real Audiencia del Reino de Galicia)

El 3 de Agosto de 1785, Juan Domínguez presenta escrito de apelación ante el Tribunal Real señalando que considera la sentencia dada como “errónea”, esto es, nula, por lo que solicita que:

*“Vm. se sirva mandar que por este recurso el de agravio, nulidad o el que mejor cavida tenga en Derecho, se remitan todos los Autos orixinalmente y sin quedar copia con apremio, y venido que sean se ha de servir igualmente **revocar dicha sentencia, declarando en su consecuencia por nulo de ningun valor y efecto** lo por dicho inferior hecho y obrado, reservando para despues pedir y deducir los mas agravios inferidos a mi parte, que es justicia que pido, a cujo efecto se me libre la Real Provision. Presento poder, y el testimonio por donde resulta estar otorgada la dicha apelacion”⁶⁶.*

⁶⁵ La fecha del escrito preparatorio de apelación ante este juez *a quo*, que es de 13 de Julio de 1785, un año después de iniciada la tramitación de la recobración de bienes por parte de las hijas de Gabriel Gil.

⁶⁶ Destaco la redacción de este supuesto recurso de apelación que más bien lo parece de nulidad. Obsérvese que, en realidad, Juan Domínguez pide la revocación de la sentencia y la declaración de nulidad de lo obrado por el inferior de Las Achas. Es propio de un ambiente de acumulación de acciones y recursos para que el Tribunal escoja el que convenga y no decaiga el Derecho de la parte por pedir fuera de plazo.

A partir de este momento, otorgada la Real Provisión que la parte de Juan Domínguez solicita⁶⁷, vienen a la Real Audiencia los cientos de folios que conforman este expediente desde sus inicios en la jurisdicción de Las Achas.

No obstante, desde el 14 de Julio de 1784 en que comienza la tramitación ante el juez ordinario hasta la sentencia pronunciada por la Real Audiencia, el 10 de Febrero de 1786, transcurre año y medio, lo que desde nuestro punto de vista actual, es un lapso de tiempo aceptable para un pleito civil con recurso interpuesto.

He de indicar que la tramitación ante el Real Tribunal no supone un nuevo y verdadero juicio: no se reproducen las pruebas y únicamente el Tribunal se limita a sentenciar de nuevo sobre el expediente que desde la jurisdicción ordinaria se le remite.

La sentencia dictada el 10 de Febrero de 1786, por una sala de tres magistrados, declara la revocación parcial de la pronunciada por el juez ordinario de Las Achas y otros extremos:

*“Fallamos por los autos y meritos del processo a que nos referimos que por lo que dellos resulta **devemos de rebocar y rebocamos la sentencia** en este*

⁶⁷ Reproduzco lo más reseñable de la Real Provisión de 3 de Agosto de 1785: “Mandamos despachar esta nuestra Real Provision para vos por la qual hos mandamos que siendos notificada por la parte del sobre dicho Juan Dominguez vecino del Lugar de Cebreiro, feligresia de la villa de la Franqueira, beais lo que va fecho mencion Real Auto de Sala ynserto, y en su cumplimiento dentro de los tres dias primeros siguientes sacad una copia de los autos que la Apelacion inserta refiere, y echo, signada y firmada en publica forma de manera que haga fee, sela dad, y entregad a la nominada parte que pide para que la presente delante de nos, en esta Real Audiencia de S.M., y escribania de Camara de Figueroa, ...otrosi mandamos a las personas a quien lo referido toque, y esta nuestra Real Provision fuere notificada que dentro de los seis primeros dias siguientes bengan y parezcan delante de esta Real Audiencia...por sí, o Procurador en su nombre, con poder bastante en seguimiento de la causa expresada, que seran oydas y guardadas, y en otra manera dicho termino pasado, la probeheremos sin para ello les mas citar ni llamar, que por la presente lo hacemos en forma...otros si mandamos a qualquier escribano que fuere requerido por la presente que haciendo con ella, y en su virtud, tres diligencias en dias distintos en casa y busca de las partes a quienes se aya de hacer saber, no pareciendo, dejandoles testimonio a la primera y constando estar en el paraje, asista a costa de ellas con el salario que les esta señalada por el Real Arancel al dia hasta que parezcan, para todo ello le damos y concedemos comision y jurisdiccion en forma; y para que se notifique mandamos pena de diez mil maravedis para la Camara de S.M. al que fuere requerido haga las diligencias necesarias, y conducentes hasta darle el devido cumplimiento, y de fee de lo pedido”. Como curiosidad, indico que el Gobernador y Capitán General de Galicia así como Presidente de la Real Audiencia en este momento era Pedro Martín Cermeño García de Paredes.

pleyto pronunciada por la xusticia hordinaria de la jurisdiccion de las Achas en quanto por ella condeno a Juan Dominguez a la restitution de los frutos y producciones del Molino de Porto Campiño y heredad de Figueiriña, y mandamos tenga cumplido con bolber los vieneses demandados a Santiago Rubianes y mas, por quien haze entregandole estos el dinero en que judicialmente le han sido vendidos; y condenamos a los señores dichos en las costas que se le han causado desde el allanamiento que hizo en los cinco del mes de Octubre de mill setecientos ochenta y quatro; y por esta nuestra sentencia definitiva-mente juzgando en grado de vista, así lo Pronunciamos y mandamos. Don Fernando Manuel de Castro, Don Manuel Romero, y Don Francisco de Cardeña en los diez del corriente (10 de Febrero de 1786) y notificó a los Procuradores de las partes oy dia de la fe (16 de Febrero de 1786)".

Como se puede comprobar los aspectos más relevantes de esta sentencia son:

a) Mantiene la concesión de la graciosa en cuanto a la obligación de Juan Domínguez de entregar los bienes a los demandantes.

b) No obstante, Domínguez se hace con la propiedad de la totalidad de los frutos (y no sólo los del Monte de San Sebastián y los de los dos Prados, como establecía la sentencia del inferior).

c) Las herederas de Gabriel Gil (aquí citadas como "la parte de Santiago Rubianes y mas") deben de reintegrar a Domínguez sólo el precio de la venta, sin réditos (también en este punto modifica la sentencia del juez de Las Achas).

d) Establece una condena parcial en costas a la parte de las herederas de Gabriel Gil por litigar temerariamente, habiendo hecho caso omiso del allanamiento que Juan Domínguez había ofrecido en un escrito de 5 de Octubre de 1784, al poco tiempo de iniciarse el proceso de recobración de bienes.

En cuanto a otros extremos de la sentencia del juez de Las Achas nada se dice, por lo que se presume subsistente. Por ello, los escritos siguientes del expediente se refieren a la tasación de los perfectos y desperfectos hechos en los bienes por vía pericial, tal y como la sentencia del ordinario declaraba. También, evidentemente, a la determinación de las costas que las herederas de Gabriel Gil y sus consortes deberán satisfacer.

D. Debates y argumentaciones jurídicas en ambas instancias durante la tramitación del expediente

No pretendo mostrar la totalidad de los escritos presentados por las partes ante el juez ordinario y el Tribunal Real; son demasiados y demasiado redundantes. En este apartado únicamente aspiro a comentar brevemente los más destacados debates jurídicos que se produjeron y las fundamentaciones que unos y otros, reiterada y repetitivamente, hicieron.

a) la competencia judicial de los tribunales inferiores

Una de las primeras cuestiones planteadas fue la competencia del juez de Las Achas para entrar en el conocimiento acerca de la graciosa que en su primer pedimento, de 14 de Julio de 1784, solicitaban las hijas de Gabriel Gil.

En un largo escrito alegatorio de Juan Domínguez, fechado el 5 de Octubre de 1784, señala lo siguiente:

“...digo que Vm. se ha de servir declarar **por inhibido de proceder** en el conocimiento de este, mandando que los contrarios propongan su Accion en el Tribunal Superior como competente; en cuio Tribunal ofrezco contestarla con las excepciones que me correspondan...sin embargo que del remedio de la Graciosa se concede por equidad a los deudores para recuperar sus vienes rahices que se les huviesen vendido en subastacion aprontando el importe dela venta, **no se duda que el uso deste Privilegio esta reservado a los mismos deudores en los Tribunales superiores** en los quales deven en iguales casos proponer sus recursos contra los compradores sin que de ningun modo lo puedan executar ante los Tribunales inferiores; y siendo la Jurisdiccion de Vm. de esta ultima clase, se deduce por indispensable que por la falta de Jurisdiccion que Vm. goza en la presente demanda declararse por inhibido de proceder en el conocimiento de la question de recobracion a los vienes que adquirí por justo titulo”.

A esta excepción, tras el consiguiente traslado del escrito, replicó la parte de las hermanas Gil, alegando, en escrito de 13 de Octubre de 1784, lo siguiente a favor de la jurisdicción de Las Achas: señalan que la parte de Juan Domínguez “*asienta que el conocimiento de la recobracion de vienes vendidos judicialmente corresponde privativamente a nuestro Real Tribunal; y en verdad que es engaño manifesto, por tocar también el conocimiento de semejantes recobraciones a los tribunales inferiores*”. Para fundamentar tal

aserto alegan como doctrina, “*baste uno por todos*”, las opiniones de Don José Febrero al que transcriben literalmente: “*la practica del conocimietno de la recobracion no está ni se halla vinculada ni estricta en los tribunales superiores, quanto no se haiga y deba extender y ampliar a los inferiores, así seculares como eclesiasticos*”⁶⁸.

Herbella de Puga en su libro parece defender el hecho de que la graciosa se pueda ejercitar ante cualquier juzgado, “*es constante esta costumbre en todos los juzgados de Galicia*”⁶⁹, si bien cuando explica la graciosa en el capítulo a ella dedicada se centra en la tramitación y resolución ante la Real Audiencia⁷⁰. Sea como fuere, en el expediente de graciosa que presento, el juez ordinario otorga sentencia referida a la recobración de bienes, haciendo caso omiso a la excepción de falta de competencia como le atribuía Juan Domínguez.

b) la falta de legitimación en las herederas de Gabriel Gil

Juan Domínguez, el adquirente, argumenta en sus alegatos contra la petición de las hijas del deudor fallecido, la falta de legitimación activa de

⁶⁸ La parte de las hermanas Gil se refiere a Febrero parte 3, libro 2, cap.3, §.5.5, n° 321, in fine. En realidad, esta referencia es incorrecta (o ha habido un error en el escribano que transcribió el escrito de la parte). Lo más aproximado es la referencia a FEBRERO, *Librería*, Parte II, Libro 3°, cap. 3, §5, n° 331 y ss pp. 626 y ss. Como ejemplo de repetitiva tramitación, que sólo lograba alargar el procedimiento, indicar que este escrito fue respondido por Juan Domínguez con otro, de 27 de Octubre de 1784, reiterando los mismos extremos del anterior, y señalando con respecto a la inhibición judicial que “*buelvo a repetir que no es decente a un Señor juez tomar conocimiento de cosas, y asuntos que están reserbados a nuestro Tribunal Superior: maiormente cuando ay costumbre, y estilos practicos introducidos, escritos y aprobados para desengaños de iguales mandas y otros recursos, en los moradores de la Provincia o Reyno*”.

⁶⁹ HERBELLA DE PUGA, *op. cit.*, p. 80, n° 30.

⁷⁰ En teoría, la graciosa debía proponerse ante la Real Audiencia; sin embargo, los litigantes en connivencia con los jueces inferiores y la propia Real Audiencia, participaban de un fraude procedimental que consistían en hacer ante la jurisdicción ordinaria no sólo el pedimento de graciosa sino también otros, de modo que el juez ordinario acaba conociendo sobre graciosa de forma incidental. Así lo manifiesta GARCIA RAMOS, *Arqueología jurídico-consuetudinaria-economica*, p. 63: “*acudieron los jurisconsultos a una sutileza: no ejercitaban la graciosa aisladamente sino que también pedían la nulidad del pago o de la venta, fundados en qualquiera de las causas que mencionaba la legislación y, subsidiariamente, solicitaban que se les otorgase el beneficio de este extraño retracto*”. Como se puede apreciar en este expediente documental, no causó excesivo problema el pronunciamiento que en su sentencia hizo sobre la graciosa el juez de Las Achas; incluso la sentencia dictada por la Real Audiencia acoge, si bien parcialmente, la pronunciada por el ordinario sin hacer ni antes ni después ningún alegato acerca de la falta de competencia de éste.

éstas para interponer la acción de graciosa ya que, a su parecer, este privilegio está reservado al “deudor” y Gabriel Gil había fallecido durante la tramitación del juicio ejecutivo.

Las hijas de Gabriel Gil replican que son todas ellas hijas legítimas del deudor ejecutado y que al tiempo de su muerte, por tener la condición de menores de edad, se les nombró un tutor, su tío materno, Bernardo Pérez. Alegan que por dicha condición de menores deben gozar en la causa presente de los privilegios concedidos a éstos⁷¹.

Este punto de la filiación legítima y el carácter de menores tutelados de las hijas al tiempo de la venta fue objeto de postura en la prueba testifical presentada por las herederas de Gabriel Gil, de modo que todos los testigos respondieron, y todos ellos de modo afirmativo, a esta cuestión⁷².

Es evidente que la argumentación en contrario de Juan Domínguez debía decaer. El deudor, Gabriel Gil, había fallecido pero su sucesión se había establecido de forma lícita de modo que sus hijas eran legítimas herederas y se entraban en la posición jurídica de su padre⁷³.

⁷¹ “(Los hijos) representan en derecho a su difunto Padre, y en ellos se transfieren directamente sus derechos y acciones, activas y pasivas; y por lo mismo lo que aquel podía en vida pedir y ejecutar, por su muerte otro tanto pueden hacer sus hijos y herederos...para cuanto mas que este o era del dia, por constar del Testimonio de la venta que quando ésta se celebró ya Gabriel Gil estaba difunto y sus hijos menores probeidos de Tutor, a quien se le hizo saber la referida venta”. Las herederas de Gil trataron de sacar provecho de su condición de menores al tiempo de la venta en varias ocasiones, con la petición reiterada del beneficio de la *restitutio in integrum*, ya desde la petición de 14 de Julio de 1784. A lo largo del procedimiento, las partes en sus escritos, replican y contrarreplican sobre este beneficio. El debate más intenso se encuentra en los escritos de conclusiones: Juan Domínguez lo rechaza con el argumento de no ser ya menores, y de no haber hecho uso de este privilegio en los cuatro años siguientes a alcanzar la mayoría de edad de los 25 años; las hijas de Gabriel Gil alegan que eran menores al tiempo de la subasta y el remate y, solo por ello, la doctrina les concede la restitución pues es entonces cuando se cometió la lesión para tales menores: “siendo al tiempo del remate las que defienden mugeres impubes, como quien aun no tenían los doce años...y por eso se hallaban proveidas de un tutor...y hace que le aproveche a las que defienden el beneficio de la *restitutio in integrum*”; mientras Domínguez expone que el beneficio que jalonan “tampoco les aprovecha, no se evidencia se articulase que los contrarios se hallaban dentro del quadrenio despues de haver cumplido los veinticinco años, como así era necesario”. Sobre este beneficio acudir a ORTIZ DE ZUÑIGA, M., *Biblioteca de escribanos, o tratado teórico-práctico para la instrucción de estos funcionarios*, II, Madrid, 1845, pp.52-56.

⁷² “Digan si saben y es cierto que (nomina a las hijas de Gabriel Gil) quedaron y fincaron como hijas lexitimas de Gabriel Gil y su muger, Theresia Perez, vecino que fueron de la villa de la Franquera, y por tales fueron, y estan havidas y comunmente reputadas en el Pueblo sin haber cosa en contrario”.

⁷³ P. 6,1,1, y P.6,13,8-10.

c) requisito previo de la demanda de graciosa: la apelación del pago del precio del remate

Herbella de Puga señala que la Real Audiencia requiere para la concesión de la graciosa que hubiese habido apelación del pago del precio del remate dentro de los cinco días que se establece en NR. 4,17,1⁷⁴. De modo que, en principio, a falta del requisito de la apelación del pago, la graciosa se denegaría ya que la sentencia de remate y el pago gozarían de la santidad de la cosa juzgada.

De acuerdo con esta doctrina, la pretensión de las hermanas Gil ante el Real Tribunal no debería prosperar ya que al remate y pago del precio, siendo ellas menores y representadas por su tutor, éste se avino conforme y no se interpuso ninguna apelación.

Aquí, precisamente, se halla una de las mayores y más importantes aportaciones que hace la Real Audiencia gallega a favor de los deudores ejecutados. En el Tribunal Real se acoge un razonamiento jurídico que permite conceder la graciosa a pesar de que el recurso de apelación al pago del remate, requisito inexcusable, se interponga no en los cinco días a la sentencia como exige la legislación⁷⁵, sino incluso varios años después, excepcionando de este modo uno de los más sagrados principios procesales cual es la cosa juzgada⁷⁶.

En palabras de Herbella "dentro del término que se suele conceder la Graciosa (30 años) es admisible la apelación del pago, diciendo de error o nulidad"⁷⁷, alegando por lo tanto, existencia de error o nulidad en el mismo. El razonamiento era el siguiente: contra un pago pueden alegarse varios remedios: nulidad, apelación, querrela y acción de agravios. En los pedimentos de graciosa suele intentarse la nulidad del pago y la apelación. He de hacer constar que en la petición de las hijas de Gil, nada se dice de invocar la nulidad o apelación, ya que ellas acuden a la *restitutio in integrum*, propia de los menores.

⁷⁴ Vid., HERBELLA DE PUGA, B., *Practica i Estilos.*, p. 77, nº 18; también, donde lo desarrolla en pp. 81 y ss, nºs 37 y ss.

⁷⁵ N.R. 4,17,1.

⁷⁶ "Cosa juzgada es la definida y determinada en contradictorio juicio de Juez competente, en que las Partes fueron oídas, de cuyo litigio no se puede mas tratar, ni ha lugar apelación, ni recurso: la qual de su naturaleza es de gran fuerza y trae aparejada ejecución, aunque después conste ser injusta", en HEVIA BOLAÑOS, J., *Curia*, I, part.II, &3, p. 105.1. Vid., también P. 3,22,5-16.

⁷⁷ HERBELLA DE PUGA, B., *op. cit.*, p. 81, nº 19.

El recurso de nulidad sólo puede interponerse dentro de los sesenta días desde la pronunciación de la sentencia, pero si tal nulidad deriva de la perversión de orden en forma de Derecho, o de la que expresa el juez en sentencia habiendo exceso, puede este remedio proponerse en cualquier tiempo, lo que incluye los treinta años de la Graciosa. Y contra una actuación semejante por parte del juez o del ejecutor del remate y pago, no cabe la cosa juzgada, pues actúan sin jurisdicción. Ante estos casos, en este razonamiento, la nulidad no caduca, y mientras se cuestiona la nulidad no corre el término de la apelación⁷⁸.

Si los agravios derivados de ese pago realizados por el juzgador o ejecutor no son graves, sino simples, ejercidos dentro de los límites de la sentencia y del Derecho no cabe apelación más allá de los cinco días legales, ni cabe otro tipo de recurso. Entonces, para que la graciosa pueda prosperar “es preciso que el deudor reserve la acción que le compete de revocarlos (los agravios) para después de perfecta ejecución”⁷⁹.

Así pues, la nulidad, en realidad, es un recurso que puede interponerse desde el punto de vista de Herbella, en cualquier tiempo, no en sesenta días sino también en 30 años. Y la apelación, en consecuencia, dentro de los mismos 30 años e incluso dentro de los cinco días posteriores a la pronunciación de la sentencia de nulidad⁸⁰. Evidentemente, con esta doctrina que sólo puede aceptarse porque estamos ante una equidad y privilegio que excepciona el Derecho, susceptible de suprimirse en atención a la misma voluntad que la impuso, se justifica la vulneración de los plazos procesales que con la argumentación de la Real Audiencia, expresada por Herbella de Puga, supone que los más importantes recursos de la Corona castellana cual son nulidad y apelación, en realidad, carecen de plazos procesales de interposición y la cosa juzgada acaba siendo desvirtuada y suprimida.

d) de venta judicial a la presunción de prenda judicial

Otra de las más importantes aportaciones de la graciosa y su argumento jurídico es la *fictio iuris* que se establece. Ha habido un deudor ejecutado al que se le han vendido en pública subasta sus bienes raíces,

⁷⁸ HERBELLA DE PUGA, *Práctica i Estilos.*, p. 85, nº 48.

⁷⁹ HERBELLA DE PUGA, *Práctica i Estilos.*, p. 82, nº 45.

⁸⁰ HERBELLA DE PUGA, *Práctica i Estilos.*, p. 85, nº 49.

adquiridos por el acreedor, o como en el caso del expediente que presentamos, por un tercero. La subasta y el remate, aparentemente, y de los documentos que obran en autos han sido lícitamente realizados. Incluso ha habido, con el asentimiento del tutor de las menores, traspaso de la posesión pacífica de los bienes al adquirente.

A lo largo del expediente de graciosa son numerosas las ocasiones que se alude a "venta judicial", "adquisición por justo título". La graciosa supone que incluso habiendo una venta judicial por subasta pública con remate totalmente lícita en sus trámites y con buena fe por los adquirentes y ejecutores, sin embargo, en los treinta años siguientes, dicha venta se anula. Para ello la Real Audiencia realiza una ficción jurídica "siempre esta adjudicación se considera por vía de prenda judicial; i en qualquier tiempo que el deudor entregue el débito con usuras, o reditos i costas, puede precisa ral acreedor, o persona interpuesta por él a que le restituya los vienes con frutos"⁸¹.

La Real Audiencia se acogió a las leyes de P.5,13. En este momento la prenda podía ser de mueble o raíz⁸², a diferencia de la situación actual en la que la prenda se concreta para bienes muebles. La prenda judicial también aparece contemplada en Partidas como una de las maneras de peño: "*quando los Juzgadores mandan entregar a alguna de las partes en los bienes de su contenedor, por mengua de respuesta, o por razon de rebeldia, o por juyzio que es dado entre ellos, o por cumplir mandamiento del rey*"⁸³. Es cierto que no está el legislador alfonsino aludiendo al juicio ejecutivo cuando permite la constitución de prenda judicial en esta ley sino al juicio ordinario, entre contendientes ordinarios.

La consideración de la graciosa por un periodo de 30 años no se nos dice de dónde se saca, quizás, de P. 5,13,39 "*Por quanto tiempo pierde ome el derecho que ha en la cosa que tiene a peños, sin la non demada al tiempo que el derecho manda*". Esta ley señala que "*si aquel a quien fuesse dada, o vendida la cosa, la rescibiese sabiendo que era empeñada a otro, ca entonce, bien la podría demandar aquel a quien fue obligada primeramente, fasta*

⁸¹ HERBELLA DE PUGA, *op.cit.*, p. 75, nº 10.

⁸² P.5,13,1: "*peño es propriamente, aquella cosa que un ome empeña a otro, apoderandose de ella, e mayormente quando es mueble. Mas segund el largo entendimiento de esta ley, toda cosa, quier sea mueble, o rayz, que sea empeñada a otro, puede ser dicha Peño*".

⁸³ P. 5,13,1.

treynta años". Esta disposición no está dirigida al deudor ejecutado, sino al acreedor pignoraticio que ve como la cosa objeto de peño ha sido entregada, o vendida, a otro que sabía que se encontraba empeñada. Se le concede un plazo muy amplio para exigir su devolución debido a la supuesta mala fe del adquirente. Con todo, parece que se puede aceptar cierta similitud con el caso de la graciosa, y quizás la Real Audiencia, al configurar la graciosa ha tenido presente la normativa sobre peños de la Partida Quinta.

En todo caso, por la graciosa, también en el expediente que comentamos, se puede convertir una venta perfecta, en principio inatacable, en una transmisión condicionada del dominio que lo convierte en interino. Herbella lo expresa del siguiente modo, tan tajante: "debe entenderse qualquiera remate, e venta judicial conforme a ella (la graciosa), con reservacion del derecho de equidad, con la misma concede al deudor, i un quasi contrato del Juez con el comprador condicional, a restituir los Vienes dentro de los treinta años..."⁸⁴.

e) la devolución de los frutos

En principio, la interposición de la demanda de graciosa implica que el deudor ejecutado (en nuestro caso, las herederas) deben entregar el precio del remate y recibir los bienes recobrados, pero no tienen que recibir los frutos que los bienes raíces hayan causado que quedan para el adquirente en pública subasta.

Sin ningún género de duda, la cuestión de los frutos es la materia más compleja de dilucidar en una demanda de graciosa. Así se entiende también en nuestro expediente. La mayor parte del debate jurídico se centra en la necesidad, o no, de devolución de los frutos de los bienes raíces.

La doctrina fundamental es que la graciosa no implica la restitución de los frutos. El comprador adquirente actúa de buena fe en la subasta pública, y adquiere los bienes con justo título. Y si bien por la equidad va a perder su adquisición, por el contrario, los frutos los hace suyos⁸⁵.

⁸⁴ HERBELLA DE PUGA, *Practica i Estilos.*, p. 80, nº 30.

⁸⁵ "Concediendose la recobracion por via de Graciosa puramente, no competen los frutos al deudor, ni los manda restituir la Real Audiencia (N.R. 4,18,1), porque no se dio mala fe en el comprador, antes sí, justo titulo", en HERBELLA DE PUGA, *op. cit.*, p. 81, nº 36.

Por ello, los demandantes de graciosa deben alegar y probar la existencia de algún tipo de mala fe en el comprador o de algún tipo de fraude o nulidad en la subasta pública que implique la posibilidad de que se le entreguen los frutos de los bienes recobrados.

El primero de los posibles motivos que determinan la restitución de frutos es el engaño o *lesion enormísima*⁸⁶. Lo que sea lesión enormísima es objeto de disputa en nuestro expediente porque las partes llegan a establecer su contenido acudiendo a cantidades concretas y determinadas. Las herederas de Gabriel Gil alegan durante todo el proceso, en varios escritos de parte, que los bienes fueron vendidos a un precio muy inferior al de su verdadero valor⁸⁷. Como es lógico, también a lo largo de sus numerosos escritos, la parte de Juan Domínguez rechaza la existencia de lesión enormísima y engaño enormísimo⁸⁸.

El argumento objetivo que aduce Juan Domínguez es que no hay lesión ni engaño enormísimo porque no alcanza éste, caso de estimarse su

⁸⁶ "Cuando en la venta judicial intervino lesión enormísima, también es sin controversia, que el deudor puede recobrarla dentro de los treinta años, si se le deven resituir los bienes con frutos...porque se considera dolo, y mala fe en el comprador y no pudo hacer suyos los frutos", en HERBELLA DE PUGA, *op. cit.*, p. 76, nº 12.

⁸⁷ Como ejemplo de razonamiento repetido varias veces, transcribo parte del escrito de conclusiones que precede a la Sentencia de la Real Audiencia: "*pues solamente hizo (Juan Domínguez) la infima postura, a la heredad y monte de San Sebastian u a los dos Praados do Compiño, en cien ducados. Al molino do Porto Campiño y heredad de Figueiriña en cincuenta y siete, quando...esta acreditado (por vía testifical) que la heredad y monte de San Sebastián y los dos prados do Campiño aquel día vale a justa y comun estimacion, setenta ducados, y éstos ochenta; el referido molino, ciento veinte ducados, y la expresada heredad da Figueiriña, treinta; y por esso se mira descubierto el engaño enorme y enormísimo para deber debolber los nininados bienes con frutos*". Observese como parece que el precio del monte de San Sebastian y los dos prados es superior a justo; mientras que es en el molino y la heredad da Figueiriña donde se hace un precio a la baja. Esto tiene su importancia como veremos más adelante.

⁸⁸ Un primer argumento es la puesta en entredicho o negación de la cualidad de peritos de los dos testigos (Pablo Blanco y Francisco González) que peritaron el valor de los bienes raíces, no al tiempo de la venta y remate, sino en los días previos a su declaración pericial. Además, Pablo Blanco no un perito "profesional"; Francisco González si, sólo que éste es el primer peritaje que hace. Desde el punto de vista de Domínguez (también desde el nuestro) realizan el peritaje de unos inmuebles de un modo poco ortodoxo, por ello Juan Domínguez les dice que "*no dan razon de sus dichos, pues deben consistir en puro entendimiento y juicio, y no por vista ocular*" (los peritos no acudieron personalmente a ver los bienes raíces, y hablan de oídas o por conocimiento de la zona). Señala el adquirente que indican en su testimonio el valor económico actual de los bienes mientras que para determinar si hubo lesión o engaño enormísimo debería haberse peritado con relación al valor al tiempo de la venta.

existencia, el total de 461 ducados como así se requiere por la doctrina para ser enormísima, y por lo tanto para la exigencia de la restitución de frutos⁸⁹.

La respuesta de las hermanas Gil es ilustrativa. Después de afirmar que la contraparte *desbarra cantando fuera del coro*, explican la cuestión del engaño enormísimo:

“El engaño enormísimo es aquel que excede dos tantos mas de justo precio; y en verdad que se engaña; porque aunque algunos autores lo asientan así, los de mejor autoridad y nota resuelven que basta que el engaño sea de tanto y medio. Pero los modernos se apartan de uno y otra obpinion, y con la erudicion que acostumbbran enseñan que en casos de igual naturaleza la tal lesion y engaño se deja a arbitrio de los señores jueces para que tanteando en las balanzas de su maduro entendimiento la qualidad de engaño y disciernan si se debe o no restituir los vienes con frutos”.

De modo que puede darse la situación, que se produce en este caso, de que haya lesión enorme en valoración de unos bienes pero no la haya en la valoración de otros. En el caso concreto de este expediente, las hermanas Gil alegan que hubo dos ventas en el mismo acto: por un lado, el monte de San Sebastián y los dos prados *do Campiño*, evaluados incluso por encima de su precio; y, por otro, la venta del molino y la heredad *da Franqueira*, rematados por una suma inferior. No obstante, el engaño enormísimo estiman que afecta a la totalidad de la subasta y remate. Y, en consecuencia, de las dos ventas deben recobrar sus bienes con frutos.

El engaño que entiende la parte de las herederas de Gabriel Gil “*es mas que enormísimo, y engendra una refinada malicia y dolo, hace el remate en el echo y como tal hace que malamente y sin justo titulo legitimo estubiese tantos años gozando y disfrutando de los expresados bienes...y precisado a restituirlos con frutos, según practica universal de los tribunales de españa*”⁹⁰.

Además de la lesión o engaño enormísimo, la existencia de dolo o fraude, ya sea por parte del acreedor, del juez o del ejecutor del pago o del comprador, para que no se pagasen los bienes por su justo valor, implica la

⁸⁹ “No llega el engaño a los quatrocientos setenta y un ducados como lo requiere la enomrmísima para la restitucion de frutos; con que a vista de lo expuesto parece que locamente se porfia, según opinion comunísima deloa autores que desto tratan”.

⁹⁰ Se entiende en este caso concreto, que la maldad y dolo aumentan al haberse aprovechado Juan Domínguez de unas huérfanas menores de edad, mal defendidas en sus intereses por su tío y tutor, Bernardo López.

restitución de los frutos con o sin lesión enorme o enormísima y siempre que el comprador tuviese ciencia de tal fraude. La mera presencia del dolo o malicia anula la venta.

También deben restituirse los frutos en el caso de algún vicio de nulidad en el pago, en los trámites o formalidades del Derecho. Igual sucede si se anulase la sentencia de remate.

Pero si el comprador no tuviese ciencia y conocimiento del dolo, engaño o fraude, de las nulidades o vicios de ejecución o remate, no tiene que restituir los frutos⁹¹.

Señala Herbella la postura de algunos autores que defienden que en caso de buena fe del comprador no cabe ni la recobración de bienes ni la restitución de frutos; esto es, no sería admisible la graciosa⁹². En esta cuestión se encuentra también uno de los aspectos peculiares de esta figura: la posibilidad de recobrar bienes raíces a pesar de la buena fe del comprador. La razón es que así lo indica el estilo, justo, digno de observancia y con fuerza de ley que ha establecido la Real Audiencia que, por favorecer con la equidad de graciosa al deudor ejecutado, omite la posible existencia de buena fe en el comprador⁹³.

f) la cuestión de los perfectos y desperfectos

Por último, merece la pena destacar el debate que se plantea acerca de la existencia de gastos y mejoras en los bienes o, por el contrario, la presencia de menoscabos o desperfectos que, de algún modo, deben ser valorados y abonados.

En este expediente, ambas partes han dedicado esfuerzos probatorios en esta cuestión, según su interés. Así la parte de las herederas de Gil han alegado continuamente que el molino y la heredad *da Figueiriña* no han sido cuidados o cultivados desde que se encuentran en la posesión del Juan Domínguez⁹⁴; además, alegaban que había periodos del año en los que el molino (de agua) no funcionaba⁹⁵.

⁹¹ HERBELLA DE PUGA, *Practica i Estilos.*, pp. 76-77, n^os. 12-15.

⁹² HERBELLA DE PUGA, *Practica i Estilos.*, n^o 16, p. 77.

⁹³ HERBELLA DE PUGA, *Practica i Estilos.*, n^o 18, p. 77.

⁹⁴ "El molino al tiempo que el adberso entro en el se hallaba moliente, y corriente, y aderezado de todos los pertrechos necesarios, y oy se halla moi destruido, y deteriorado; la reputada

Domínguez, por su parte, además de negar la contraria, ha pretendido demostrar las mejoras que ha hecho en el molino, que dice haber reparado⁹⁶.

Por supuesto, esta cuestión dio pie a una posición que los testigos hubieron de responder en la testifical, por cierto, de un modo vago e impreciso⁹⁷.

IV.- Conclusiones

A la vista de este expediente, representativo del modo de vivir el Derecho en sede de graciosa, pueden sacarse algunas conclusiones. En primer lugar, parece que la mera petición de graciosa dentro de plazo, habiendo habido deudor ejecutado y bienes rústicos, implica la concesión del privilegio a pesar de encontrarnos, a mi modo de ver, ante una venta pública lícita. En segundo lugar, parece que esta política de concesión de la graciosa favorece la práctica del allanamiento del demandado lo que, sin duda, ha debido ahorrar en muchos casos, tiempo, trámites y dinero. En tercer y último lugar, el

heredad da Figueiriña se hallaba coltibada de labradio, y oy se encuentra de monte y robles". Se ratifican las hermanas Gil en sus argumentos en el escrito de conclusiones, de 21 de Marzo de 1785.

⁹⁵ Lo cierto es que el 26 de Noviembre de 1766, Domínguez interpuso una querrela de perturbación y posesión (interdicto posesorio) contra unos vecinos (Juan, Ruperto y Domingo Muñoz, Angel Domínguez, Teresa Pérez, Benito López, Bernardo Pérez, Julián Estevéz y la viuda, María Pérez) que al cortar la bajada del agua por la cabada impedían el funcionamiento del molino de Porto Campiño para la riega de frutos (todas las noches, desde que el sol se pone hasta que sale en los meses de Julio, Agosto y Septiembre) o para la molienda todos los días del año. Se llegó a un convenio entre las partes que no duró demasiado ya que el 22 de Mayo de 1767, Juan Domínguez hubo de interponer nueva querrela de perturbación de la posesión

⁹⁶ "No hay duda que al tiempo del dicho remate se hallaba el referido molino enteramente desperfectado e inutil para moler, e que la heredad da Figueiriña estaba la mitad de esquilmo y robles, y la otra mitad, aunque cultivada por no producir util alguno la deajo poner de monte", según declaración jurada de Juan Domínguez, a 20 de Septiembre de 1784. Sobre el molino, en escrito de 5 de Octubre de 1784 dice que "los amejoramientos y perfectos que hice en el Molino que nombran de porto campião...que prescindiendo de el pie con rueda y casa que persiste, todos los mas pertrechos que corresponden y eran necesarios para moler, y el piso, enteramente los puse y fabrique a mis expensas, con construccion y reedificacion de muros"

⁹⁷ Por ejemplo, Diego Estevéz, el primer testigo, dijo que "no puede dar raxon" de si el molino estaba pertrechado al tiempo de la venta, por hallarse en Lisboa en aquel momento, pero que actualmente, "en el día", "no se halla deteriorado y destruido". Blas Ledo, refiriéndose a la heredad da Figueiriña dice "no hai duda que cuando se vendio estaba cultivada y de labradio; e ignora si subsiste de la misma manera, o si se haya de monte y robles por no haberla visto". Ruperto Perez declara lo mismo que Ledo.

verdadero debate jurídico, donde va a centrarse la prueba de las partes, se encuentra en la cuestión de la propiedad de los frutos así como en la tasación de los gastos hechos en los bienes o de los daños causados en los mismos (los *perfectos y desperfectos*).